Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Novembre - Dicembre 2016

Dal diritto dell'economia all'economia del diritto: dalla storia del libro quinto del codice civile alla bulimìa legislativa
FRANCESCO FIMMANÒ

Autoriciclaggio. I requisiti modali della condotta.
Nota a Cass. penale, sez. II, sentenza 28 luglio 2016, n. 33074
NICOLA ROBERTO PANARELLO

Condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica
ROBERTO DANTE COGLIANDRO, VITTORIO SABATO AMBROSIO

In "viaggio" verso la Cittadinanza europea, nel solco tracciato dalla Corte di giustizia e nelle sue varie declinazioni
MICHELA MONACO

in collaborazione con

PEGASO Università Telematica

Universitas Mercatorum
Università telematica delle Camere di Commercio Italiane

Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

novembre - dicembre 2016

Gazzetta
FORENSE

Bimestrale
Anno 9 - Numero 6 - Novembre/Dicembre 2016

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE
Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

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

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

PROPRIETARIO
Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

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

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

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

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

---

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

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

GRAFICA E IMPAGINAZIONE
Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO
Tavolario stampa, Napoli – gennaio 2017

in collaborazione con

PEGASO
Università Telematica

Universitas Mercatorum
Università telematica delle Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

Dal diritto dell'economia all'economia del diritto:
dalla storia del libro quinto del codice civile alla bulimìa legislativa 1237
di Francesco Fimmanò

Diritto e procedura civile

Le conseguenze sanzionatorie della successione illegittima di contratti a termine
nel pubblico impiego 1246
di Marcello D'Aponte

Veritas filia temporis: "luci" e "ombre" nel nuovo articolo 120 tub 1262
di Carmine Ruggiero

Sull'obbligo di vigilanza e di controllo del Ministero della Salute sull'importazione
e commercializzazione nel territorio dello Stato Italiano di protesi mammarie di tipo P.I.P.
(fabbricate e commercializzate in Francia dalla Poly Implant Prothese).
Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 06 ottobre 2016, n. 10950, Giud. M. Amura 1275
di Pasquale Mautone e Alessandra Riccardi

Cartelle di pagamento e termine di prescrizione: il credito si prescrive in cinque anni
anche se la cartella è tardivamente impugnata.
Nota a Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2016, n. 23397 1285
di Ylenia Zaira Alfano

Sul diritto dei nipoti non conviventi con la vittima dell'illecito al risarcimento dei danni
da perdita del rapporto affettivo.
Nota a Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230 1297
di Pietro Sorrentino

Rassegna di legittimità 1304

Rassegna di merito 1307
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate

Diritto e procedura penale

Delega di funzioni e responsabilità per il delitto di falso.
Nota a Cass. penale, sez. V, sentenza 13 giugno - 27 luglio 2016, n. 32793 1312
di Francesca Picierno

Autoriciclaggio. I requisiti modali della condotta.
Nota a Cass. penale, sez. II, sentenza 28 luglio 2016, n. 33074 1320
di Nicola Roberto Panariello

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 1328
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 1333

Rassegna di merito 1337

Diritto amministrativo

Condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica 1342
di Roberto Dante Cogliandro e Vittorio Sabato Ambrosio

Market abuse: Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio 1351
di Luigi Giordano e Andrea Nocera

Il principio di sussidiarietà alla luce della riforma costituzionale 1360
di Michele Palagano, Chiara Sangiuolo, Luca Stanziola

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* 1371
a cura di Almerina Bove

Diritto tributario

Trasferimento d'azienda ed elusione fiscale prima e dopo la codificazione dell'abuso del diritto 1376
di Giuditta Merone

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE 1382
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

La sospensione dei diritti fondamentali in Turchia alla prova dell'articolo 15 CEDU 1386
di Marco Fasciglione

In "viaggio" verso la Cittadinanza europea, nel solco tracciato dalla Corte di giustizia e nelle sue varie declinazioni 1396
di Michela Monaco

L'onere probatorio nelle frodi IVA tra statuizioni europee e giurisprudenza statale. *Nota a della Corte di Giustizia, 22 ottobre 2015, Causa C-277/14, PPUH Stehcemp sp. j. c. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi* 1403
di Luigi Valentino

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea 1414

Ordinamento giudiziario

Sintesi degli atti processuali e prospettive de iure condendo: tanto rumore per nulla? 1420
di Luigi Levita

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
Gli accordi regolativi della crisi familiare: prima e dopo la riforma introdotta dal d.l. n. 132/2014, con particolare riguardo alla problematica inerente alla trascrizione di quelli aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari 1470
di Francesca Perrotta

Diritto penale
Problemi e riflessioni sulla partecipazione all'organizzazione terroristica "Stato islamico" 1475
di Giacomo Romano

Diritto amministrativo
Enti pubblici: l'istituzione della sezione separata di archivio storico ex art. 30, comma 4, d.lgs. 42/2004 1480
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

Disposizioni integrative e correttive introdotte dal d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129: superate le criticità della riforma del 2014? 1490
di Valeria Bove

"Fatta la legge trovato l'inganno". Il decreto correttivo del Jobs Act: la tracciabilità dei voucher come rimedio al proliferare del lavoro "nero" che si voleva contrastare 1499
di Matilde Pezzullo

Recensioni

'Quid est veritas?' Un seminario su verità e forme giuridiche
a cura di Cosimo Cascione e Carla Masi Doria
[«Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto romano, Storia e Teoria del diritto 'F. De Martino' dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'»], Satura editrice, Napoli, 2013 1506
di Anna Paola Sannino

Indice delle sentenze 1509

Sommario annuale 1511

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

Editoriale

Dal diritto dell'economia all'economia del diritto: dalla storia del libro quinto del codice civile alla bulimìa legislativa

1. Nell'evoluzione del diritto dell'economia nel nostro ordinamento un momento di grande rilevo riveste la genesi del libro V del codice civile e l'abbandono del precedente codice di commercio che per alcuni versi era una idea più moderna di un *corpus* normativo che si occupasse del complesso regolamentare dei rapporti giuridici di natura economica.

Orbene, ancóra oggi, dopo più di settant'anni dall'entrata in vigore del Codice civile, nessuno sa dire bene perché c'è il Libro V[1]. Gli stessi studiosi che se ne sono occupati, primo fra tutti il principale detrattore, Giuseppe Ferri (che fu chiamato da Asquini a fare il lavoro piú pesante, quello materiale della correzione delle bozze), non offrono versioni nette della vicenda. Giuseppe Ferri fu individuato per quel lavoro perché era giovane, molto bravo ma ancora poco autorevole all'epoca.

Tuttavia questa cosa che il Libro V abbia una genesi «politico-ideologica» in verità è anch'essa assai dubbia. Il Libro V (che poi è frutto dell'unificazione del Codice di commercio Zanardelli con il Codice civile)[2], in realtà, nella prima fase della codificazione, non doveva essere affatto una componente del Codice civile. Quindi se ci fosse stata una vera volontà politica di base sarebbe stato concepito sin dall'inizio dei lavori in questa logica.

Invece nel 1940 era praticamente pronto il Codice di commercio. Era peraltro un bel Codice di commercio. In realtà Ferri stesso (che poi parlerà molto male del Libro V, quando ormai era un'autorità, soprattutto nel suo scritto del '65, in memoria di Alberto Asquini), evidenzia come in realtà nel '40, tutti i giuscommercialisti erano assolutamente convinti della necessità di lasciare in vita il Codice di commercio, salvo il prof. Rotondi che era un industrialista, storicamente legato all'ala piú civilistica e che faceva parte della Commissione di riforma del Codice di commercio[3].

[1] Cfr. al riguardo per tutti: N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003. I riferimenti a questa opera monumentale nelle pagine successive sono numerosi per il ricco contenuto storiografico (le lettere tra i vari autori, le comunicazioni tra Salandra e il Governatore della Banca d'Italia, tra l'avvocato capo dell'epoca dell'autorità di vigilanza, le storie sulla revocatoria, i lavori preparatori, le polemiche politiche, il dibattito tra i grandi esperti, i riferimenti letterari, gli articoli di stampa etc.).

[2] Il Codice di commercio del 1882 andò a sostituire il Codice di commercio del 1865 che era però una sostanziale estensione del Codice del commercio del Regno di Sardegna all'intero territorio del Regno d'Italia. L'idea di un Codice del Commercio, in realtà, non era nei programmi del Governo del Regno, perché in materia commerciale vi era già una certa uniformità normativa tra gli Stati pre-unitari, durante i lavori parlamentari si sostenne che se si stava procedendo all'unificazione del Diritto civile, era logico procedere anche all'unificazione del Diritto Commerciale. Si arrivò alla decisione di estendere il Codice commerciale sardo all'intero territorio del Regno, perché era tra i Codici degli Stati pre-unitari quello di più recente emanazione.

[3] Nell'ottobre 1939 Giuseppe Ferri era stato chiamato dal ministro di Grazia e Giustizia D. Grandi a far parte delle commissioni istituite per la nuova codificazione civile e commerciale. Nella prima fase della sua partecipazione ai lavori per la riforma dei codici fu uno dei membri più attivi del sottocomitato ministeriale incaricato di redigere il nuovo codice di commercio. Il sottocomitato, presieduto dall'Asquini (strenuo sostenitore, almeno fino all'ottobre del 1940, dell'impostazione autonoma del codice di commercio (cfr. Roma, Arch. centrale dello Stato, *Min. Grazia e Giustizia*, *Gabinetto*, b. 22, f. 42, sf. 5, ff. 98 ss.; A. Asquini, *Dieci anni dopo l'abrogazione del codice di commercio*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM*, I, Padova 1953, 370 s. e nn. 8, 11), portò a termine nel giugno 1940, dopo appena sette mesi di lavoro, il progetto del nuovo codice. Il Ferri, insieme a Frè, fu relatore per la parte generale del progetto e per quella relativa alle società commerciali (rispettivamente materia del I e del II libro del progetto di codice), ma collaborò intensamente con Asquini nell'opera di coordinamento delle varie parti della nuova legislazione commerciale, partecipando incisivamente, in particolare, alla riforma della normativa sui titoli di credito (IV libro del progetto di codice). I lavori di revisione del progetto, sollecitati dalle osservazioni e dai pareri pervenuti nell'estate successiva ed avviati dal sottocomitato già nel settembre 1940, furono però presto interrotti. Nel dicembre di quello stesso anno giunse infatti la decisione, ispirata dal Vassalli, di rinunciare ad un separato codice di commercio e di fondere, nell'unico codice civile, l'intero diritto delle obbligazioni e dell'impresa, quest'ultimo destinato ad essere raccolto in un nuovo libro (il quinto) del codice civile. A quel punto, e fino al compimento della codificazione civile (aprile 1942), la collaborazione del prof. Ferri ai lavori dei due nuovi sottocomitati appositamente istituiti si concentrò nella stesura del nuovo libro del codice civile, "del lavoro". Un libro, come affermerà lo stesso Ferri (*Revisione del codice e autonomia del diritto commerciale* [1945], ora in *Scritti giuridici*, I, 28), "costruito a tavolino", la cui gestazione fu essenzialmente il risultato dell'accorpamento di titoli del progetto del codice di commercio e del progetto del libro delle obbligazioni, già definito sin dall'aprile del 1940 – e nella conseguente e coordinata risistemazione della materia del libro (IV) "delle obbligazioni". La "svolta" del dicembre del 1940,

La genesi storica è più da collegare alla specifica volontà del Ministro Grandi, il quale a un certo punto immaginò questa cosa a metà del 1940. Progetto che poi fu realizzato in maniera cosí sofferta da avere cinque diverse bozze, completamente diverse tra loro, anche per struttura.

Ogni volta la bozza cambiava nome fino a diventare «Libro del Lavoro». All'inizio il Libro si chiamava «dell'Impresa e delle Professioni» per poi divenire «dell'Impresa, delle Professioni e del Lavoro» e ancóra «dell'Impresa e del Lavoro». Nell'ultima bozza, la quinta (che doveva essere solo una bozza oggetto di correzione tecnica cui infatti parteciparono filosofi e filologici dell'epoca per ragioni linguistiche) emerse la nuova denominazione.

In realtà questo libro fu intitolato «del Lavoro» a causa della vera logica che c'è dietro questa scelta, una scelta sbagliata, che quasi nessun paese del mondo ha fatto e alla quale spero metteremo presto mano con un nuovo codice del commercio. Anzi questa volta andrebbe chiamato Codice dell'Economia, perché oggi un Codice di Commercio sarebbe anacronistico.

Qual era quindi la ragione? Era quella ragione che Asquini proprio, pur essendo il principale autore di quelle pagine, stigmatizzò: la scelta di far emergere il *profilo corporativo*.

Le corporazioni erano elemento molto rilevante, innanzitutto sul piano concettuale, nella cultura fascista.

Da qui la scelta di trasfondere il Codice di commercio nel Libro V e chiamarlo «del Lavoro», anche se la disciplina del lavoro in senso proprio, pure quantitativamente, è assai ridotta rispetto alle norme sull'impresa, sulle società, sulla concorrenza, etc.

Questa a nostro avviso è l'origine piú propagandistica che ideologica della scelta di fondo.

Cosa si può dire di questo libro sul piano dei contenuti?

Si può dire che le esigenze dell'unificazione furono piú esigenze per cosí dire *dell'arte* che esigenze *della vita*. *L'amore per l'arte* ha generato esigenze piú legate ad un'armonia voluta che ad un'esigenza giuridica.

Tanto è vero che tutto il Codice civile è oggettivamente splendido da un punto di vista dell'armonia e dello schema.

Il Libro V, se lo guardiamo bene come schema, è veramente lo schema perfetto. Si può fisicamente prendere e trasporre in un trattato di tipo istituzionale, perché è stato studiato proprio in maniera scientifica, per essere uno schema armonioso e raffinato.

Il problema allora qual è?

Il problema è che il contenuto non corrisponde allo schema, cioè, la generalizzazione dei concetti e degli istituti tipici del diritto commerciale, in qualche modo è strumentale ed artificiosa. Non si adattò lo schema alle norme, ma si piegarono le norme allo schema, secondo quello che è un criterio sicuramente inadeguato.

È noto, in particolare, che Asquini si opponesse quasi tutti i giorni alle richieste di introdurre affermazioni prive di contenuto normativo. E invece ce ne sono tante di affermazioni prive di contenuto normativo nel Libro V, destinate per cosí dire, a dare uno spaccato di carattere politico e che furono proprio qualificate da Asquini «iniezioni corporative», nel senso che dovevano servire a guisa di «*slogan*» a dare questo risalto al fascismo delle corporazioni.

Proprio Ferri, dopo molti anni, censurò questa scelta di «metodo» che ancóra oggi noi non possiamo che criticare.

Abbiamo fatto parte di una commissione governativa di riforma abbastanza importante, quella della legge fallimentare, e sembravamo tornati, (abbiamo lavorato alla legge nel 2005), a sessant'anni prima, perché come settant'anni fa, si pose la questione dell'imprenditore agricolo[4]. E Ferri, apertamente, in questo

che determinò la soppressione del codice di commercio e suscitò per questo l'immediata protesta di una larga corrente di commercialisti (ma anche voci favorevoli persino all'abolizione dello stesso insegnamento universitario del diritto commerciale), fu da Ferri sempre difesa. La sua polemica si rivolse anche contro i più intemperanti, quando divenne attuale il problema, "squisitamente politico", dell'alternativa fra defascistizzazione dei codici o loro abrogazione. Il suo netto favore per il mantenimento in vigore dei codici - "naturalmente con i necessari ritocchi ed emendamenti" e la necessaria espunzione delle "inserzioni politiche" (*La riforma dei codici* [1945], poi in *Scritti giuridici*, I, pp. 20 ss.) – non si ridusse mai all'autodifesa dell'opera personalmente compiuta. Esso poggiava invece sulla convinzione, condivisa in quegli stessi anni da Calamandrei e dal Vassalli, della assoluta asimmetricità tra il contenuto tecnico dei codici e l'ambiente politico nel quale essi furono realizzati, oltre che sulla constatazione del fallimento del tentativo di trasfondere nel codice civile l'ideologia corporativa (*Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli* [1944-46], ora in *Scritti giuridici*, I, p. 29-35). Chi ne reclamava l'abrogazione mostrava dunque di non saper distinguere "*quello che al fascismo non è appartenuto*".

[4] Alcuni commentatori si erano espressi in maniera molto critica già prima della legge del 1942. In particolare Brunetti (nella introduzione a Diritto fallimentare italiano, 1932, 45-46) ritiene che «la limitazione del fallimento al solo commerciante non ha più ragion d'essere (…)». L'autore ricorda che il Code de commerce del 1807 è stata la prima fonte a prevedere che il fallimento fosse riservato ai soli commercianti e che questa scelta legislativa fu determinata dalla necessità di reagire agli scandali finanziari del tempo e, più precisamente, a contrastare «l'industria dei fallimenti che commercianti senza scrupoli, arricchiti dalla rivoluzione, avevano creata su larga scala». Tuttavia questo fenomeno era congiunturale e già in quegli anni, queste imprese avevano necessità di organizzarsi e in pratica svolgevano la loro attività in maniera non dissimile da quelle «commerciali». Per queste ragioni l'esclusione da fallimento degli imprenditori agricoli appare irragionevole, l'impresa agricola oggi assume molto spesso caratteristiche che la rendono difficilmente distinguibile da una impresa commerciale sia per quanto riguarda il ricorso al credito, ma anche a seguito della riforma dell'art. 2135 c.c. operata dal decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, che ha ampliato notevolmente i confini dell'impresa agricola.

scritto degli anni '60, censura questa scelta dell'impresa agricola, cosa che molti di noi giuscommercialisti facciamo tuttora: l'agricoltore o è tale o è imprenditore commerciale. Questo terzo genere, che è frutto di una scelta, strutturalmente politica, comporta che tutt'oggi l'imprenditore agricolo ha uno *status* difficilmente giustificabile sul piano sistematico. Ancóra oggi non è assoggettato allo statuto dell'imprenditore commerciale e non fallisce anche quando è un mega-imprenditore che fattura milioni e milioni di euro.

Eppure si dice che Ferri, all'epoca della codificazione, fosse bombardato di richieste e sollecitazioni a cambiare qualcosa dal prof. Vassalli, che era ben piùautorevole e nel cui studio sicuramente Ferri in quegli anni lavorava da avvocato.

Comunque intorno all'aprile-maggio del '41 Putzolu informava appunto il Ministro Grandi che finalmente queste bozze del Libro V erano pronte.

2. L'ultimo dilemma che si pose, ed è stato un grande problema, fu il tentativo di «metterci dentro» la normativa su cambiali e assegni e soprattutto il diritto fallimentare. Il mancato inserimento di queste materie ha «condannato» definitivamente il Libro V, perché affidare in particolare il diritto fallimentare ai processualisti è stato, per il diritto dell'economia italiano, un mezzo disastro. Non certo per la mancanza di qualità o autorevolezza degli stessi, ma per il naturale diverso approccio al tema e la mancanza assoluta di sensibilità specifica.

Solo grazie all'opera di vera e propria «manipolazione» dei giudici fallimentari, nei cinquant'anni di vita della vecchia legge fallimentare, è stato possibile un minimo di funzionamento efficace del diritto fallimentare. Invero il diritto dell'impresa in crisi, che è semplicemente il diritto dell'impresa in una situazione particolare della sua vita diretto a risolvere i tipici problemi dell'azione collettiva[5], fu reso un diritto dell'esecuzione concorsuale, cioè un diritto di recupero crediti collettivo. Un sistema normativo che nulla doveva avere a che vedere con il diritto processuale, se non per una parte marginale, divenne invece tutto processo sottraendo una delle parti fondamentali in un momento storico decisivo al diritto commerciale[6].

Non lo dico per ragioni di bottega, ma è noto che per quasi cinquant'anni i professori di diritto fallimentare nelle Università italiane appartenevano all'area della procedura civile. Cosa che poi, non per ragioni accademiche ma per ragioni sostanziali, si è modificata nel tempo e in maniera quasi naturale.

Basti pensare che il «panprocessualismo» del diritto fallimentare, nato dallo scorporo della legge rispetto all'originaria unitarietà del codice di commercio, ha determinato l'assenza nella legge fallimentare addirittura di qualsivoglia riferimento ai fenomeni di «impresa» ed «azienda». Sembra paradossale ma fino alla *Prodi bis* e poi alla *Marzano* ed alla riforma del 2006, non v'era nel diritto delle imprese in crisi alcun riferimento alle «istituzioni» base, mi si perdonerà il riferimento atecnico.

La proposta di Azzolini venne stralciata con la promessa che la legge sulla cambiale e gli assegni sarebbe stata poi introdotta il 21 aprile '42 in occasione della riforma della legge fallimentare, cosa che poi non avvenne.

L'ultima polemica riguardò (e poi andiamo ad una visione piú attuale) l'eccessiva regolamentazione, cioè la cosiddetta *over-regulation*, che è cominciata nel nostro ordinamento proprio col Libro V. Il diritto come, per cosí dire, regola e non principio, che compare nella prima volta nella disciplina della società per azioni e che fu oggetto di una critica famosa di Salandra – che era tra i codificatori – e scrisse un articolo di fondo su «Il Resto del Carlino». Questa scelta per una struttura «regolamentare» mutò l'impostazione del diritto delle società che nel Codice di commercio era sicuramente molto piú istituzionale.

L'approccio regolamentare ha rappresentato anche l'inizio della biforcazione tra il diritto commerciale e il diritto civile, che pur unificati in un medesimo codice paradossalmente si sono allontanati sul piano strutturale.

Un tempo si diceva, con una punta di ironia, i commercialisti scoprono i problemi e i civilisti glieli spiegano. Oggi, i civilisti, non per colpa loro, non sarebbero piú in grado di spiegare il diritto commerciale, perché questo è ormai un microsistema giuridico a connotazione non solo privatistica, ma costituisce il diritto dell'economia. La regolamentazione del mercato e di tutte le interrelazioni con gli *stakeholders* rappresenta un diritto di matrice anche pubblicistica.

I temi più rilevanti che si pongono e che ancora di più si porranno nei prossimi anni e di cui dovremo occuparci, sono quelli legati alla responsabilità socia-

[5] M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971; e con riferimento alle procedure concorsuali, P. Aghion, *Bankruptcy and its reform*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Newman ed., London, vol. 1, p. 145 ss.

[6] Nel 1940 fu varato il codice di procedura civile (soprannominato Grandi-Calamandrei), visto il fondamentale apporto del giurista Calmandrei alla sua concezione e redazionei. A seguito dell'abbandono del progetto di codice di commercio la parte relativa alle procedure concorsuali confluì invece in un provvedimento legislativo a sé stante: il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, noto come "Legge Fallimentare". Il testo originario di questo Regio Decreto fu redatto da alcuni componenti del comitato per il codice di commercio: i professori Alberto Asquini, Salvatore Satta, Alfredo de Marsico (quest'ultimo per la parte sanzionatoria) e dai magistrati Gaetano Miraulo e Giacomo Russo. Fra i principali autori del provvedimento, Asquini era al tempo impegnato in prima persona anche nella stesura della disciplina dell'impresa e delle società, mentre Satta in successive affermazioni espresse una valutazione fortemente critica sulla fattura complessiva della legge in questione (Satta, *Diritto fallimentare*, Padova 1974).

le dell'impresa, ai rapporti tra lo Stato e il mercato, all'equilibrio tra esigenze dell'economia e diritti fondamentali della persona, è questa veramente la sfida di chi fa il nostro mestiere ed è questo il motivo per cui il diritto commerciale diviene sempre piú simile al diritto amministrativo nella logica di avere molte regole e meno princípi (anche se questo profilo per la verità costituisce un imbarbarimento della materia, purtroppo ineluttabile). Nel diritto delle imprese in crisi si assiste, infatti, da qualche anno ad una vera e propria bulimia normativa caratterizzata da una legislazione a "toppe" piuttosto che "a tappe". Questa sovraregolamentazione appare spesso come una sorta di inseguimento tra legislatore e giurisprudenza, con il risultato di sentenze che fanno le veci delle leggi e leggi che fanno le veci delle sentenze. Il fenomeno trova il suo paradigma più significativo ad esempio nella disciplina dei contratti nel concordato che probabilmente andava lasciata al diritto comune in grado di offrire principi e sistemi più stabili ed armoniosi[7]. D'altra parte è noto che la norma del caso concreto crea più problemi di quanti ne risolva[8].

3. Le scelte prevalentemente estetiche che già erano all'epoca penalizzanti, oggi sono ancóra piú penalizzante per quanto rimane in piedi dell'originario assetto.

All'epoca gli americani già parlavano di «norma efficiente», analizzavano cioè sul piano economico l'impatto della norma per vedere quanto fosse efficiente ed efficace rispetto alle esigenze del mercato. Si era già passati dal diritto dell'economia all'economia del diritto.

Si tenga conto che il Codice civile entra in vigore quando già negli USA si era realizzata la profonda rivoluzione rappresentata dalla tendenziale separazione tra proprietà e controllo dell'impresa, analizzata a fondo negli studi di Adolf Berle and Gardiner Means ed in particolare nel celebre «*The Modern Corporation and Private Property*» del 1932.

Si pensi rispetto ad una tendenziale scissione tra il governo e la proprietà dell'impresa della cultura industriale statunitense, quanto già indietro partiva un Libro V che era una sorta di bella vuota, nel senso di una norma non efficiente, legata all'arte e non alla vita.

Se allora la scelta fu incomprensibile, oggi è ancóra piú sentito questo problema e ha creato criticità di collegamento anche con le leggi speciali. C'è in particolare un problema serio di collegamento tra il Libro V e le leggi speciali che si occupano d'impresa e piú in generale di diritto dell'economia.

Ad esempio nel Codice si legge tutt'oggi la norma sull'insolvenza che sancisce che l'imprenditore commerciale può essere dichiarato insolvente e soggetto a fallimento e a concordato preventivo.

Quella norma è di fatto del tutto superata perché non c'è riferimento alle altre procedure nel frattempo intervenute, non c'è riferimento al fatto che ormai il concordato preventivo riguarda anche i soggetti in crisi e non solo quelli insolventi, non c'è nessun riferimento ad altre normative, alla liquidazione coatta amministrativa, all'amministrazione straordinaria, all'accordo di ristrutturazione dei debiti anche perché altrimenti si sarebbe dovuto cambiare strutturalmente tutto. Manca il concetto angolare dell'impresa in crisi, che è cosa completamente diversa dall'imprenditore *incapiente*.

Tutto ciò ha creato un problema strutturale, per cui è venuto, come detto, il momento di ragionare nuovamente di un Codice di diritto dell'Economia.

Si pensi alla grande differenza che in questi anni ormai c'è tra il diritto civile e il diritto commerciale, che non possono proprio piú convivere nello stesso codice. In realtà esistono delle regole ripugnanti ormai per il diritto commerciale. Si pensi al divieto dei patti successori, che rappresenta una vera iattura che si è cercato in parte di superare con i patti di famiglia.

Qualche anno fa ci chiedevamo perché in Italia non erano ammessi tra i prodotti finanziari c.dd. *viaticals* o polizze *second hand* diffusissimi negli USA. Si tratta di polizze di «seconda mano», ossia polizze vita c.dd. «caso morte» vendute dai malati terminali e che rappresentano una grande opportunità, specie negli Stati Uniti dove non c'è l'assistenza sanitaria pubblica e quindi le persone malate, spesso cedono queste polizze a *blind trust* le cui quote vengono collocate sul mercato da primarie istituzioni finanziarie[9]. In buona sostanza si tratta di una sorta di scommessa sull'aspettativa di vita di soggetti, affetti da malattia terminale certificata da grandi ospedali, il cui rendimento varia in funzione della piú o meno lunga esistenza in vita. Un po' come funziona la vendita con riserva di usufrutto da parte di soggetti assai anziani. Ebbene dopo una attenta analisi arrivammo a comprendere che in Italia non è commerciabile un prodotto del genere, né è possibile cedere polizze vita «caso morte» perché c'è una vecchissima norma del Codice delle Assicurazioni

[7] Al riguardo già F. Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione*, in *Fallimento*, 2006, n. 9, 1053.

[8] La scelta del legislatore di disciplinare espressamente il tema ha aperto una serie di questioni, effetto tipico della cosiddetta *over-regulation,* e che neppure la miniriforma del 2015 ha risolto. Tant'è che il progetto Rordorf, a proposito dei contratti pendenti, evidenzia la necessità di integrazioni normative riguardanti: i presupposti della loro sospensione, e dopo la presentazione del piano, anche dello scioglimento; il procedimento ed il ruolo del commissario giudiziale; gli effetti dei provvedimenti autorizzativi o di diniego in relazione ai possibili esiti della procedura di concordato; la decorrenza e la durata di questi ultimi in caso di sospensione, i criteri di quantificazione dell'indennizzo dovuto ai terzi e la competenza a determinarlo .Art. 6 lettera j, dell'articolato della Commissione Rordorf istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 28 gennaio 2015 e successive integrazioni.

[9] Fimmanò, *Appunti sui contratti di investimento "Viatical": polizze "second hand" ed ordinamento giuridico italiano,* in *Dirittobancario.it*.

che contiene il divieto delle associazioni c.dd. «tontinarie»[10]. Ebbene, da questo deriva il divieto dei *viaticals,* cioè il fatto che in Italia non è possibile cedere le polizze vita caso morte, per effetto del divieto dei patti successori, e piú in generale del divieto di scommessa sulla propria vita. Divieti, in realtà, scaturenti piú da un codice etico-religioso che da princípi giuridici.

Quindi si tratta di un'impostazione da superare come accaduto ad esempio, per la società unipersonale introdotta per effetto della XII Direttiva comunitaria nel '92. Per un civilista sarebbe un non senso in quanto *socius* in latino è colui che cammina con un altro, quindi la società per antonomasia è un contratto tendenzialmente plurilaterale, cosí mi hanno insegnato nel 1988 quando ho studiato commerciale al secondo anno di università.

Eppure l'esigenza di superare la pantomima della società di comodo, nota sin dal celebre caso *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd*, della fine del XIX secolo, cioè del panettiere Aron Salomon che costituì una società con i figli, soci di comodo, in realtà una *one-man company* simulata, hanno portato all'introduzione del tipo della società unipersonale.

Oppure si pensi alla nullità del negozio giuridico ed alla sua frantumazione in tanti rivoli delle nullità nel diritto commerciale e societario in particolare. Non c'è più la categoria unitaria a differenza di quanto accade nel diritto civile. Cosa può pensare un civilista del fatto che la nostra nullità di una delibera assembleare, si prescrive in tre anni dall'iscrizione o dal deposito (se è soggetta a iscrizione o deposito) e in dieci, quindi termine ordinario, solo se è una delibera modificativa dell'oggetto, nel senso di introdurre un oggetto sociale illecito. Lo stesso capita per l'invalidità delle delibere di fusione, scissione o trasformazione societaria che una volta iscritte nel registro delle imprese non possono piú essere annullate dall'autorità giudiziaria, permanendo solo una tutela risarcitoria. Evidentemente parliamo di tutt'altro, parliamo di esigenze completamente diverse che potremmo rappresentare quindi nell'espressione «tutto sul mercato si regola col sistema dei prezzi», per cui nel diritto dell'economia contano evidentemente gli interessi in gioco.

Lo stesso problema si pone storicamente per il *trust,* dove è impossibile che nella nostra *forma mentis* entrerà mai la vera ed immanente concezione si cui si fonda il *trust,* che non appartiene all'area del *contract* ma dell'*equitable interest.* Le due grandi famiglie della *civil law* e della *common law* e la centralità dell'*equity* nella logica dell'istituto, rappresentano temi che il civilista non sente ma che per il commercialista rappresentano criticità quotidiane[11].

4. La legge del '42 non conosce testualmente il tema dell'impresa, cioè se le categorie del Codice civile sono le categorie civilistiche per antonomasia: soggetto, atto, persona, le categorie commercialistiche sono invece quelle dell'attività, dell'organizzazione, dell'impresa. Eppure la parola «impresa» prima scompare dal titolo del libro V, poi scompare in assoluto dal Codice del 1942. Non c'è mai la parola impresa nel codice che pure c'è nella Costituzione.

Tutto il Libro V è strutturato sul *soggetto dell'attività*, cioè sull'imprenditore, e questo rappresenta un limite anche culturale, in quanto ha impedito di considerare anche nella vita e nell'economia del mercato, l'impresa come una realtà oggettivamente rilevante. E non sto parlando di quella che è la superata visione «*istituzionalistica*». Stiamo parlando del fatto che l'impresa oggettivamente non è solo una diretta proiezione dell'imprenditore, perché altrimenti poi vengono fuori i *gap*. Nel Codice Zanardelli che pur doveva essere molto piú antico perché legato al mero commercio, invece c'era.

E se si guarda la legge fallimentare del 1942 non c'era neppure il termine azienda, mai utilizzato. Almeno nel Codice civile le norme di cui agli artt. 2555 ss. disciplinano l'azienda, ossia lo strumento dell'attività economica.

Nella legge fallimentare l'espressione azienda mancava assolutamente, perché normativa concepita in funzione dell'esecuzione di un credito. La prima volta la parola azienda compare con la riforma del 2006, con la visione della procedura concorsuale in funzione della liquidazione riallocativa dei valori aziendali, questa volta dovuta a leggi di mercato. E infatti abbiamo imparato ad utilizzare l'espressione impresa ed azienda dal sistema del c.d. *Chapter eleven,* ed in particolare dalla procedura di «*reorganization*»[12].

[10] *Tontina o tontinaria* è l'operazione finanziaria – ideata intorno al 1650 dal banchiere napoletano Lorenzo Tonti ed utilizzata per la prima volta in Francia dal Cardinale Mazzarino – con la quale più soggetti si associano o convengono di mettere insieme un capitale fruttifero, così da dividersi la rendita che si accresce ad ogni morte (cfr. Di Renzo, *Tontine,* Nov Dig It., XIX, Torino, 1973). L'operazione fu utilizzata dal cardinale per rimpinguare le casse dell'erario. Difatti, l'idea originaria consisteva nel realizzare una pubblica sottoscrizione organizzata e gestita dallo Stato che raccoglieva le somme versate dai vari sottoscrittori tra i quali veniva istituita una società di assicurazione mutua in cui ai sopravviventi veniva garantita una determinata rendita sul capitale versato, rendita che andava ad accrescersi sempre più nel tempo man mano che i singoli associati decedevano dato che le loro quote andavano a profitto dei reduci. Il vantaggio dello Stato consisteva originariamente nel fatto che esso assumeva l'onere della rendita ma, una volta morto l'ultimo superstite, il capitale rimaneva all'erario.

[11] F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 511 ss.

[12] Nel sistema nordamericano la *bankruptcy*, disciplinata dalla legge federale, riguarda sia la procedura di liquidazione (*Chapter* 7) sia la procedura di risanamento (*Chapter 11*). Il Capitolo 11 prevede una procedura diretta alla protezione dell'impresa dall'aggressione dei creditori in presenza della crisi e nell'àmbito della quale è consentito all'imprenditore, e in difetto di sua iniziativa ai creditori, di formulare un piano di composizione che passa normalmente attraverso un programma di ristrutturazione,

Per la prima volta con la riforma compaiono le espressioni impresa e azienda, e la logica del diritto dell'impresa come diritto dell'impresa in crisi e non di esecuzione concorsuale del credito. Prima la legge Prodi *bis*, poi la legge Marzano e poi la riforma riprendono quel modello e individuano l'obiettivo di recuperare risorse al mercato, non all'imprenditore che non importa chi sia. L'imprenditore fallisce ma ne subentra un altro. L'imprenditore è solo chi avvia, compie quell'atto di destinazione che imprime a quel coacervo di beni un soffio vitale che è l'avviamento, e che realizza quella cosa formidabile che è l'impresa, ovvero l'attività economica rivolta al mercato.

Insomma la scelta della centralità del soggetto-imprenditore, come la scelta del lavoro-corporazioni, fa comprendere quali sono state le linee guida adottate dal legislatore del 1942. Forse la parte meglio riuscita del Libro V sono le società di persone, non a caso non si tocca una virgola di quelle norme dal 1942.

Meno riuscite sono le società di capitali, specie per effetto della riforma del 2004. Si può dire, almeno per quanto ci riguarda, che la riforma del diritto delle società non è una riforma efficiente anche se le aspirazioni del legislatore erano quelle. L'analisi economica che ha pervaso la novella fu solo estetica ma non contenutistica, esattamente come il libro V, sessant'anni prima. Anche stavolta si è sentito l'influsso dei paesi economicamente dominanti. Ma a differenza di quanto accaduto per la legislazione sulla crisi d'impresa, l'influenza sul diritto societario non è stata produttiva.

Perché? Perché non si è guardato alla specificità del nostro ordinamento e della nostra economia fatto da una miriade di piccole e piccolissime società, a carattere familiare, con meno di dieci dipendenti.

Oggi le norme sulle società, del Libro V, risentono del fatto di aver voluto calare un sistema normativo in una *specificità ordinamentale* del tutto peculiare.

Un esempio. Si pensi a quella grande quantità di strumenti finanziari, di patrimoni destinati (destinati all'insuccesso sostanzialmente) oppure azioni correlate, strumenti partecipativi, o pensate a quelle copiate dalla operazione di ingegneria giuridica del 1984 con la quale la *General Motors* comprò la *Hughes Aircraft* e la *Electronic Data System*, cioè le c.dd. *Alfabeth Stocks*, cioè le azioni correlate, le azioni tarate su un determinato ramo dell'azienda. Tutte cose che in Italia non sono servite, perché in realtà, l'abbiamo visto con la vicenda dei c.dd. «*subprimes*», l'Italia non conosce la terza via del finanziamento alle imprese (l'*equity* di investitori istituzionali), in Italia le banche fanno le banche commerciali.

Oppure si pensi alla introduzione nel Libro V qualche anno fa delle nuove regole sui conferimenti in natura ispirate al modello americano ed alla «funzione informativa» del bilancio. Avevamo, come noto, il solo sistema della nomina da parte del Tribunale del perito, perché il nostro capitale sociale ha una funzione organizzativa della persona giuridica e del suo patrimonio, quindi una funzione di tutela del credito (perché normalmente l'impresa ha come creditore il finanziatore, non ha come nel sistema americano l'investitore). Tant'è che le nostre regole di bilancio sono ispirate a princípi prudenziali: *Das Imparitätsprinzip*, lo chiamano i tedeschi, rivolto sostanzialmente a garantire con una serie di norme che ci sia un *surplus* di attivo rispetto al passivo. Il sistema americano invece, è diretto col bilancio a dare un'informazione al mercato rispetto al fatto che quella determinata società sia interessante o meno sul piano dell'investimento. Una regola per tutte: i princípi contabili US GAAP, che poi sono stati ripresi dagli IAS IFRS, sono stati adottati dal legislatore italiano, per le società quotate e quelle che consolidano, con una dose notevole di superficialità. Questo sistema, a differenza del nostro, non prevede ad esempio l'ammortamento ma ha il cosiddetto «*impairment test*», perché a loro non interessa sapere se un bene ha perso valore sul piano patrimoniale, ma interessa sapere se quel bene è capace di produrre reddito. Ma tutto ciò ha creato discrasie e contraddizioni tra la funzione del capitale e l'informazione contabile[13].

4. Il quadro delineato fa emergere che abbiamo urgentemente bisogno di un codice dove si guardi alla norma in maniera esattamente contraria a quella cui ha guardato il Libro V. Cioè non all'estetica ma all'efficienza rispetto alle specificità dell'ordinamento economico. E deve trattarsi di un codice interdisciplinare. Non esiste più il diritto commerciale che ci hanno insegnato i nostri maestri.

comportante la dismissione di parti dell'impresa stessa, e la negoziazione dei debiti con i creditori mediante un trattamento differenziato per posizione giuridica ed interessi omogenei [in tema cfr. D. Baird e R. Rasmussen, *Control rights, priority rights and conceptual foundations of corporate reorganizations*, in 87 *Virginia L. Rev.*, 2001, p. 921; F. Marelli, *Esperienza applicativa e riforme nella procedura di "riorganizzazione" del diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1157; C. Ferri, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 65; R. Di Massa, *Il diritto concorsuale statunitense fra risanamento e liquidazione*, in *Fall.*, 2003, p. 954 s.). Sulle criticità e le evoluzioni: D. Baird e R. Rasmussen, *Chapter 11 at Twilight*, in *56 Stanford L. Rev.*, 2003, p. 673; L. LoPucki, *Bankruptcy Fire Sales*, in *106 Mich. L. Rev.*, 2008, p. 1; H. Miller e Sh. Waisman, *Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Businesses for the Twenty-First Century?*, in *78 Am. Bankr. L.J.*, 2004, pp. 153; D. Baird, A. Bris e N. Zhu, *The Dynamics of Large and Small Chapter 11 Cases: An Empirical Study, Yale ICF Working Paper No. 05-29, AFA 2008*, *New Orleans Meetings Paper*, *ECGI - Finance Working Paper No. 107/2005*; K. Ayotte ed E. Morrison, *Creditor Control and Conflict in Chapter 11*, (2008), *Columbia Law and Economics Research Paper No. 321*, in *http://ssrn.com/abstract=1081661*].

[13] F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, in particolare p. 68 ss.

Oggi esiste il diritto dell'economia che è innanzitutto fatto da regole di valenza pubblicistica a tutela di valori fondanti che rappresentano anche la nuova frontiera. Il diritto commerciale è il diritto dell'economia ma il diritto dell'economia è anche il diritto pubblico e penale dell'economia. Non è possibile che in un paese a economia capitalistica avanzata, non si abbia, come si è fatto per i Tribunali delle imprese, una specializzazione giudiziaria in tema. Se insomma da un lato l'impresa ha una responsabilità sociale, dall'altro lo Stato ha una responsabilità verso l'impresa nell'interesse del valore costituzionale dell'economia. E le clamorose vicende degli ultimi dei delicati rapporti tra diritto penale, tutela cautelare, interesse dell'impresa, dei suoi *stakeholders* e responsabilità sociale della stessa, evidenziano quanto sia decisivo sviluppare una sensibilità comune ed interdisciplinare a questi problemi.

Spesso, infatti, ciascun operatore od interprete guarda asetticamente al proprio ruolo, alla propria funzione, alla propria competenza per materia (inevitabilmente influenzata da deformazioni professionali) e ciò produce di per sé guasti irreversibili per l'ordinamento socio-economico. Guasti che fanno perdere competitività ad un sistema già inesorabilmente in declino, con effetti esiziali. Spesso, ad esempio, si confonde la responsabilità – anche penale – dell'imprenditore (o dei suoi organi sociali) con quella dell'impresa, finendo con l'azzerare la seconda per sanzionare il primo. Oppure si confonde *la tutela cautelare statica* con quella *dinamica* necessaria al mantenimento dell'attività economica, e con essa il ruolo e le qualità di un custode giudiziario di un cespite qualsiasi, con la necessaria managerialità di chi deve gestire una *res* produttiva complessa, fatta innanzitutto di rapporti, qual è l'azienda[14]. Ma non è possibile che – di fronte ai gravi problemi del Paese – si affermi che ciascuno debba guardare solo al proprio ruolo ed alla propria competenza, senza tener conto del sistema complessivo[15]. La letteratura economica mondiale è ricca di contributi in cui si verifica analiticamente ed empiricamente la relazione tra evoluzione sistemica, sviluppo economico, limiti e qualità della interpretazione normativa e dell'*enforcement* giudiziario[16].

Cosí accanto ad un codide dell'economia occorre una giustizia dell'economia che inglobi tutte le diverse competenze e non solo quella «civilistica» proprio per offrire un assetto unitario interdisciplinare che oggi drammaticamente manca. I magistrati e più in generale gli operatori ed interpreti del settore penale, amministrativo o contabile, devono avere una conoscenza tecnica delle categorie giuridiche dell'impresa e soprattutto una sensibilità ai relativi temi, ancóra maggiore di quelli del settore civile e fallimentare, considerato il ruolo ormai ancóra piú delicato e l'interventismo che si è osservato nel settore. Basti pensare all'esponenziale aumento negli ultimi anni di ricorsi di fallimento esperiti dai pubblici ministeri, ai sequestri per equivalente, alle misure di prevenzione, al congelamento dei beni, ai sequestri preventivi.

Nella giurisdizione penale occorre un maggior grado di sensibilità al diritto delle imprese. Senza banalizzare si potrebbe dire che se l'imprenditore è un delinquente o un mafioso, ciò non deve necessariamente tradursi nella distruzione dell'impresa che potrebbe meritare di vivere nell'interesse dell'economia e della stessa legalità sostanziale. E ciò proprio perché l'asse del sistema si sta spostando verso un maggior rilievo dei profili penali a tutela dei creditori. L'opzione del legislatore societario per la tutela risarcitoria in luogo della tutela reale, secondo il principio tipicamente nordamericano «secondo cui tutto sul mercato si regola col sistema dei prezzi», affida al settore penale la tutela dell'effettivo risarcimento, a fronte di fughe, distrazioni o spoliazioni fraudolente.

Un esempio eclatante è nella interpretazione delle Sezioni unite dell'art. 2495 c.c. e della valenza costitutiva e tombale delle cancellazione di società, che ha prodotto una esplosione di estinzioni formali a danno soprattutto di creditori involontari. Le estinzioni abusive, strumentali o addirittura fraudolente di enti lucrativi vengono poste in essere, difatti, soprattutto in danno e pregiudizio dei soggetti che non hanno il monitoraggio della controparte. Un tipico creditore involontario è l'amministrazione finanziaria statale (l'Erario) che non sceglie certo i propri debitori, né dispone di specifiche informazioni su di essi e la cui tutela «non può essere per definizione affidata alla capacità di scegliersi debitori che offrono sufficienti garanzie di adempimento». Unico strumento di tutela efficiente è rappresentato dalla dichiarazione di fallimento entro un anno dal perfezionamento della formalità pubblicitaria con valore costitutivo. Questo comporta che la salvaguardia delle ragioni dei creditori è rimessa alla stessa pubblicità commerciale ed all'onere di monitoraggio. Tuttavia nella pratica si verifica spesso che la cancellazione venga effettuata mentre il giudizio (o talora i diversi giudizi) di accertamento dei debiti (specie fiscali, previdenziali e lavoristici) non hanno ancóra prodotto titoli esecutivi a favore dei creditori (come visto ciò accade soprattutto per i creditori c.dd. involontari e *stakeholders* secondari). Quindi nelle more della prosecuzione del giudizio di cognizione, eventualmente dopo una corretta riassunzione nei confronti dei soci, l'anno inevitabilmente decorre[17]. Ecco

[14] F. Fimmanò, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare* in Id. (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, Milano, 2012, p. 20 ss.

[15] Al riguardo mi permetto di rinviare a F. Fimmanò, *Il difficile "incontro" tra diritto commerciale, diritto penale e diritto pubblico sul terreno dell'impresa in crisi*, in Id. (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 5 ss.

[16] D. Marchesi, *Anche la legge fallimentare scoraggia gli investimenti*, in *www.lavoce.info*.

[17] Tuttavia in tal caso, il contegno, eventualmente fraudolento

che può intervenire l'iniziativa e la legittimazione del P.M. a chiedere il fallimento tempestivo.

Questo è solo un esempio, rilevantissimo nella pratica, di quale deve essere il grado di conoscenza e di sensibilità del magistrato penale alle norme di diritto dell'impresa.

E infatti nel Libro V che abbiamo per alcuni versi criticato, oltre 70 anni fa si ebbe la straordinaria *intuizione* di inserire le norme penali societarie nel codice civile e lo stesso fu fatto per i reati fallimentari nella legge fallimentare. Ciò proprio ad evidenziare un approccio tecnico e sensibile alla materia (completamente diversa da quella penale tradizionale imperniata *sul fatto* e non sul diritto). Anche allora nel regime fascista si volle segnalare la necessità di una sensibilità anche della norma penale rispetto al tema dell'impresa, ma anche allora evidentemente non servì a molto. Ed infatti stiamo assistendo in questi giorni all'ennesima riforma del diritto delle procedure concorsuali (c.d. riforma Rordorf) con l'approvazione della legge delega da parte del Parlamento, dove invece di mettere mano alla revisione dei reati fallimentari si pensa ad eliminare la parola fallimento e a sostituirla con liquidazione giudiziale, senza che nella sostanza cambi nulla nella impostazione complessiva.

– strumentale ad una cancellazione richiesta sulla base di un bilancio finale di liquidazione da cui non risultino i debiti anche se contestati, oggetto di giudizio, che neppure siano stati inseriti nel dovuto fondo rischi – può sicuramente rilevare. Basti pensare che a norma dell'art. 7, comma 2, l. fall., il pubblico ministero può presentare la richiesta di fallimento *ex* art. 6, comma 1: quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero *dalla fuga*, *dalla irreperibilità* o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla «chiusura dei locali dell'impresa», dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile. Orbene *la chiusura dei locali dell'impresa* evoca sicuramente il fenomeno della cancellazione della società, cosí come la fuga che può evocare tanto la stessa vicenda quanto il trasferimento della sede all'estero, altra pratica talora fraudolenta.

Diritto e procedura civile

Le conseguenze sanzionatorie della successione illegittima di contratti a termine nel pubblico impiego 1246
di Marcello D'Aponte

Veritas filia temporis: "luci" e "ombre" nel nuovo articolo 120 tub 1262
di Carmine Ruggiero

Sull'obbligo di vigilanza e di controllo del Ministero della Salute sull'importazione e commercializzazione nel territorio dello Stato Italiano di protesi mammarie di tipo P.I.P. (fabbricate e commercializzate in Francia dalla Poly Implant Prothese).
Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 06 ottobre 2016, n. 10950, Giud. M. Amura 1275
di Pasquale Mautone e Alessandra Riccardi

Cartelle di pagamento e termine di prescrizione: il credito si prescrive in cinque anni anche se la cartella è tardivamente impugnata.
Nota a Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2016, n. 23397 1285
di Ylenia Zaira Alfano

Sul diritto dei nipoti non conviventi con la vittima dell'illecito al risarcimento dei danni da perdita del rapporto affettivo.
Nota a Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230 1297
di Pietro Sorrentino

Rassegna di legittimità 1304

Rassegna di merito 1307
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate

Marcello D'Aponte
Ricercatore di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Le conseguenze sanzionatorie della successione illegittima di contratti a termine nel pubblico impiego

abstract

This works aims to study the question about the abuse of the fixed-term contract and analyzes the different sanctions of the law for the public administration employee and of the private enterprise. Specific attention is paid to verify the compatibility between the law of the State and the Community law; more specifically in the interpretation of the ECJ and in the light of the Judgment of the Joined Chambers of Court of Caasation nn. 4914/2016 and 5072/2016 and the Judgment of the Court Costitutional n. 187/2016. Finally the works analyzes the exclusion of the in-hous providing in the public administration that are subject to special law.

keywords

Fixed-term work contract – EU Directive Fixed-term work contract – Special framework for public administration and the system of sanctions.

abstract

Il saggio affronta in tema dell'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato e analizza i diversi effetti sanzionatori previsti dalla legislazione vigente nell'impiego privato e nell'impiego pubblico. Specifica attenzione viene dedicata alla disciplina sanzionatoria dell'ordinamento interno e alla verifica della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, nonché alla luce delle recenti pronunce della Corte di Cassazione a sezioni unite nn. 4914/2016 e 5072/2016 e della Corte Cost. n. 187/2016. Inoltre, un particolare approfondimento riguarda la (discussa) esclusione delle c.d. società in house *dall'ambito delle pubbliche amministrazioni soggette alla disciplina sanzionatoria speciale.*

parole chiave

Contratto a termine – Direttiva UE sul contratto a termine – Disciplina speciale per il pubblico impiego e sistema sanzionatorio.

sommario

1. L'oggetto dell'indagine: l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato nell'impiego pubblico. – **2.** Il quadro normativo vigente e le sue contraddizioni: la liberalizzazione del ricorso al contratto a tempo determinato nell'impiego privato operata dal c.d. Jobs Act e le limitazioni all'utilizzo di personale con contratti di lavoro flessibili nell'impiego pubblico. – **3.** La successione di regole nella disciplina del contratto a tempo determinato nel settore privato ed il ricorso alla c.d. stabilizzazione dei lavoratori flessibili nell'impiego pubblico per la riduzione del precariato nella p.a. – **4.** Gli aspetti di carattere sanzionatorio per l'abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato nell'impiego privato e gli ambiti di applicazione al lavoro pubblico. – **5.** segue: la disciplina sanzionatoria dell'ordinamento interno e la verifica della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. – **6.** La definitiva affermazione del principio del divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato nel settore pubblico nelle pronunce delle Sezioni Unite nn. 4914/2016 e 5072/2016. – **7.** L'applicazione della sanzione risarcitoria dell'art. 32, comma 5, l. 183/2010 al lavoro pubblico e l'interpretazione della Corte Giust. UE in ordine all'adeguatezza della disposizione. – **8.** La chiusura del cerchio: le misure per il superamento del precariato nella scuola come idoneo meccanismo risarcitorio nell'impiego pubblico nella sent. Corte Cost. n. 187/2016. – **9.** La (discussa) esclusione delle c.d. società in house dall'ambito delle pubbliche amministrazioni soggette alla disciplina sanzionatoria speciale.

1. L'oggetto dell'indagine: l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato nell'impiego pubblico

Il presente saggio affronta il tema dell'abuso del ricorso agli strumenti di flessibilità nel rapporto di lavoro di pubblico impiego, e in particolare, del contratto di lavoro a tempo determinato, analizzando più specificamente gli aspetti di carattere sanzionatorio finalizzati a reprimere ovvero comunque a limitare il fenomeno.

Lo scopo è duplice.

Da un lato, quello di verificare la possibilità di conseguire, anche nel settore pubblico, i medesimi

obiettivi di protezione sociale dei lavoratori del settore privato, evitando che il frequente ricorso a lavoratori assunti con contratti precari e flessibili impedisca la stabilizzazione dei rapporti a fronte di esigenze durature e continuative.

Dall'altro, quello di tutelare l'interesse pubblico ad evitare che un utilizzo indiscriminato di tale tipologia contrattuale costituisca fonte di danno erariale.

Ciò anche per contenere l'incremento della spesa pubblica, dovuto alla proliferazione di giudizi finalizzati ad ottenere prestazioni di carattere risarcitorio in mancanza di una chiara indicazione normativa che contenga al suo interno i rimedi avverso eventuali abusi. Invero, nel pubblico impiego, vi sono tutta una serie di norme e disposizioni che limitano l'accesso alle pubbliche amministrazioni senza che ciò sia stato preceduto da idonee procedure di carattere selettivo e concorsuale, regolate principalmente con gli artt. 35 e 36 d.lgs. n. 165/2001,[1] ma, al contempo, la normativa vigente in materia di abusivo utilizzo di contratti di lavoro flessibile oltre la durata legale non contiene, come vedremo, un quadro di regole certo ed esaustivo tale da porre lavoratori pubblici e privati in una posizione di sostanziale uguaglianza sul piano degli effetti protettivi.

Tale meccanismo ha comportato che il ricorso al contratto a termine abbia favorito una modalità di accesso alle p.a. alternativo rispetto al modello ordinario, anche in ragione di obiettive difficoltà connesse alla programmazione di concorsi pubblici.[2]

Per questa ragione, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate nel tempo alla ricerca di soluzioni soddisfacenti in grado di individuare forme e strumenti idonei a trovare una chiave interpretativa e di lettura delle disposizioni di legge vigenti per il settore pubblico, in modo da evitare l'emersione di una disciplina conflittuale tra il settore privato e quello pubblico.[3]

In assenza di una regolamentazione unitaria dell'istituto, va dunque esaminata la vigente disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato prevista per il settore privato e quella per il settore pubblico.

Il contratto a termine, difatti, è stato originariamente regolamentato dalla l. 230/62, che è il primo provvedimento in materia, con riferimento ai soli lavoratori dell'impresa privata, mentre, per quanto riguarda i dipendenti pubblici, la disciplina viene mutuata da quella, avente dunque carattere di disposizione generale parametrica.

Ciò, in forza del richiamo contenuto nei provvedimenti di riforma del lavoro pubblico contrattualizzato alla disciplina, per quanto applicabile, del V Libro del Codice civile e delle leggi speciali di settore via via succedutesi nel tempo. Né, d'altra parte, i provvedimenti di modifica dell'impianto originario della l. 230/62 e quelli che in seguito ne hanno abrogato la disciplina dettando nuove regole, a partire dal d.lgs, n. 368/2001, hanno sancito un'espressa estensione al pubblico impiego ovvero previsto norme di salvaguardia per i dipendenti pubblici.

2. La liberalizzazione del ricorso al contratto a tempo determinato nell'impiego privato operata dal c.d. Jobs Act e le limitazioni all'utilizzo di personale con contratti di lavoro flessibili nell'impiego pubblico

Per quanto riguarda l'impiego privato, le recenti riforme del settore, e in particolare quanto da ultimo previsto dall'art. 19, comma 1. del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, pur nel quadro di un allargamento

[1] Costituisce esempio pacifico di tale stabile orientamento della giurisprudenza costituzionale, da ultimo, sebbene riferita a fattispecie diversa dal contratto a termine ma logicamente assimilabile sul piano sistematico, Corte Cost., 9 marzo 2012, n. 51, in *Riv. It. lav.*, 2014, 4, II, 960 ss., con nota di Pasqualetto, *I lavori socialmente utili sotto la lente della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, tra stabilizzazioni indebite e riqualificazioni impossibili*. Con tale sentenza, infatti, la Consulta ha affermato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, l. reg. Molise 24 marzo 2011, n. 6, per violazione dell'art. 97 Cost., nella parte in cui prevedeva la stabilizzazione di soggetti, i lavoratori socialmente utili, titolari di meri rapporti precari e, quindi, una "forma di assunzione riservata senza predeterminazione di criteri selettivi di tipo concorsuale" e quindi, ponendosi in contrasto con i principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale in materio di impiego pubblico, tale da violare il principio tramite pubblico concorso, di cui all'art. 97 Cost.

In argomento, anche Corte Giust., 15 marzo 2012, C-157/11, *ivi*. Per una ricostruzione generale, si v. Gentile, *Il reclutamento del personale*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Il nuovo diritto…*, *cit.*, 369 ss.. In argomento si v. anche V. Luciani, *Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Esi, Napoli, 2009, 323 ss. e, dello stesso A., *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, Napoli, 2002, nonché Rusciano, *Carriera per concorso del dipendente pubblico: «imparzialità» o «buon andamento»?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 2, 219 ss.

[2] Cfr. Greco, *La flessibilità nel lavoro pubblico privatizzato*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 2, 286 ss.

[3] Cfr., per tutti, Fiorillo, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*. Vol. I. *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2013, 663 ss.

complessivo delle ipotesi causali che ne giustificano l'utilizzo, ormai pienamente liberalizzate, hanno definitivamente sancito il principio della sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato in caso di violazione del limite massimo di proroghe previste dalla legge al contratto ovvero di superamento della durata complessiva di 36 mesi.

Così, nel settore privato, per effetto delle modifiche nel tempo introdotte all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, il ricorso al contratto a termine è stato reso progressivamente più agevole: a ciò hanno contribuito, invero, dapprima l'art. 21 della l. 6 agosto 2008, n. 133, che aveva stabilito la possibilità che, per «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro», quindi l'art. 1-*bis* aggiunto dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, come integrata dalla l. 9 agosto 2013, n. 99 di conversione del d.l. 28 giugno 2013, n. 76.

Tali norme hanno attribuito specifiche facoltà in tal senso alla contrattazione collettiva ovvero, in caso di unico contratto di durata non superiore a dodici mesi, generalizzato tale possibilità. Successivamente, il c.d. Jobs Act, ha da ultimo stabilito che l'obbligo di indicazione delle causali permane, nel contratto a tempo determinato, unicamente per la sostituzione di personale in maternità e nel caso di attività stagionali[4] prevedendo tuttavia, come si è detto, che la sanzione della conversione operi sostanzialmente nella sola ipotesi di violazione della durata complessiva stabilita dalla legge.

Viceversa, nel settore pubblico, a seguito delle limitazioni introdotte dal legislatore con lo scopo di contenere la spesa pubblica, fin dalla l. 9 marzo 2006, n. 80,[5] a seguito di quanto previsto dal d.l. 101/2013, convertito nella l. 30 ottobre 2013, n. 125, il contratto a termine è attualmente stipulabile unicamente in presenza di ragioni «temporanee ed eccezionali» e comunque sottoposto ad un procedimento autorizzatorio particolarmente complesso, giustificato con l'esigenza di evitare la creazione di nuovo precariato e, ancora una volta, in ragione della prevalente esigenza di contenimento dei costi rispetto a quella della funzionalità del servizio pubblico.[6]

Ciò, tuttavia, comporta almeno due ordini di problemi.

Se, infatti, il richiamo al V Libro del codice civile e alle leggi speciali che regolano la materia del lavoro privato nell'impresa, appariva conforme al quadro normativo scaturito dall'approvazione del d.lgs. n. 29/93 e dei provvedimenti che, a partire da questo, hanno progressivamente consolidato il processo di piena contrattualizzazione del lavoro pubblico favorendo il superamento della specializzazione di tale ramo dell'ordinamento, tra cui va in primo luogo ricordato il d. lgs. n. 80/98, pur con i correttivi apportati dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001,[7] la limitazione imposta dalle disposizioni successive sopra richiamate e dal d.lgs. n. 150/2009, innanzitutto, si pone in aperto conflitto con il processo di piena contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

La disposizione ha infatti limitato il ricorso al lavoro flessibile, laddove invece il limite temporale indicato dal legislatore per il settore privato parrebbe già sufficiente ad evitare il ricorso alla successione di contratti a tempo determinato.

In tal modo, nell'impresa privata, è indubbio che in caso di violazione della disciplina vincolistica, il rapporto si converte a tempo indeterminato, che resta pur sempre lo strumento contrattuale ordinario senza tuttavia che, secondo la giurisprudenza comunitaria, siano ammissibili modifiche alle clausole, del contratto che abbiano carattere sostanziale e si rivelino globalmente sfavorevoli al lavoratore, qualora l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni restino invariate.[8]

Tale soluzione, con riferimento all'impiego pubblico, è invece, alla luce di quanto si è detto, espressamente negata dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, ampliando quindi il solco di una disciplina differenziata tra il settore privato e quello pubblico che, se si giustifica per la necessità di evitare abusive immissioni di personale nel pubblico impiego in violazione di quanto disposto dall'art. 97 Cost., di fatto pone un'inammis-

Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa della materia, si v. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro nella p.a.*, in Del Punta-Romei (a cura di), *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013. Di rilievo anche il commento di Caruso, *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *Lav pubbl amm*., 2008, 2, I, 221 e Zappalà, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma «continua» del contratto di lavoro a tempo determinato nelle P.A.*, in *Lav. pubbl. amm*.., 2008, 2, II; 304 ss. In argomento sia inoltre consentito il rinvio al mio D'aponte, *La disciplina del lavoro flessibile nella p.a. tra tutela all'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrative e repressione degli abusi*, *ivi*, 615 ss.

[4] V. l. 16 maggio 2014, n. 78 (in Gazz. Uff. 19.05.2014, n. 114), di conversione del d.l. 20 maggio 2014, n. 34. In dottrina, cfr. Santoro-Passarelli, *Il nuovo contratto a termine dopo la conversione del Decreto Lavoro*, *www.altalex.it*, 29.5.2014.

[5] Su cui diffusamente si v. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm*., 2006, I, 25 ss.

[6] Cfr. Fiorillo, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in Fiorillo-Perulli, *Il nuovo diritto...*, *cit*, spec. *sub* 670 ss.

[7] Sul punto, Vettor, *Reclutamento e modernizzazione dell'impiego pubblico*, in *Riv. Giur. Lav*., 2015, 3, 573, spec. *sub* 577 ss.

[8] Cfr. Corte Giust. CE, 8 marzo 2012, C-251/11, in *Riv. It. lav.*, 2014, 4, II, 942, con nota di Beltrame, *Contratto a termine: trasformazione a clausole (in)variate?*. Per una ricostruzione della iniziale produzione giurisprudenziale Corte di Giustizia UE in materia di contratto a termine, si v. Alessi, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in W.P. CSDLE «Massimo D'Antona», *INT*. 2012, n. 93/2012.; Gottardi, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti lavoro a termine ed il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *Riv. Giur. Lav*., 2012, 1, 725 ss.

sibile discriminazione, per quanto riguarda gli effetti sanzionatori nell'abusiva successione di contratti a termine a seconda se essa si sia verificata nell'impiego privato ovvero in quello pubblico.

Nel primo caso, vi è dunque una maggior apertura per quanto riguarda le causali, a cui nell'impiego pubblico corrispondono maggiori rigidità; mentre, dal punto di vista patologico, nell'impiego privato si applica senz'altro la sanzione della conversione, nell'impiego pubblico ci si limita a sanzioni di carattere meramente risarcitorio.

La dottrina, tuttavia, non ha mancato di rilevare come il ricorso al principio dell'obbligo di rispetto delle regole costituzionali dell'accesso tramite concorso non potesse più essere ritenuto sufficiente allo scopo di giustificare la permanenza di un doppio regime,

In tale prospettiva è stata infatti evidenziato come, piuttosto, piuttosto, dovesse essere ritenuta prevalente la necessità di garantire la tutela di altri valori costituzionali, di rango più elevato, quali, in particolare, la parità di trattamento relativamente alle conseguenze di carattere sanzionatorio, rispetto a quanto previsto per i lavoratori del settore privato[9].

A sua volta, la giurisprudenza, con diverse accentuazioni, richiamandosi anche alle pronunce della Corte di Giustizia UE, si è divisa tra chi ha ritenuto il sistema delineato dal legislatore italiano con il d. lgs. n. 368/2001 compatibile con la Direttiva 99/70/CE e chi, invece, ne ha evidenziato il contrasto, affermando piuttosto l'inadeguatezza del sistema che ne è scaturito sul piano dell'effettività delle tutele.[10]

3. La successione di regole nella disciplina del contratto a tempo determinato nel settore privato ed il ricorso alla c.d. stabilizzazione dei lavoratori flessibili nell'impiego pubblico per la riduzione del precariato nella p.a.

Alla luce di quanto si è detto, va dunque chiarito che il legislatore si è dunque orientato in direzione di una duplice scelta nella regolamentazione del contratto a tempo determinato, nel settore privato e in quello pubblico: da una parte, infatti, si è orientato ad introdurre una nuova regolamentazione del contratto a tempo determinato nel settore privato attraverso interventi prevalentemente finalizzati ad intervenire sul profilo causale, oltre a quello della fissazione di un termine chiaro di complessiva durata di un rapporto a termine; dall'altro, per l'impiego pubblico, si è preoccupato di porre un argine al fenomeno del precariato attraverso la predisposizione di misure finalizzate a favorire la c.d. stabilizzazione dei soggetti nel tempo utilizzati con il ricorso a forme contrattuali flessibili per lungo tempo, aspramente criticate dalla dottrina più avveduta[11], ovvero a tenere conto nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da coloro i quali hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con la p.a.,[12] ancorché funzionali alla previsione della limitazione alla facoltà di ricorrere a nuove forme di utilizzo c.d. flessibile dei lavoratori.

Il risultato, è quello di misure complessivamente diversificate, di fatto tali da rendere il ricorso al contratto a termine più agevole nel settore privato rispetto a quello pubblico, sottoposto a maggiori vincoli e limitazioni.

Così facendo, tuttavia, il legislatore non è andato oltre il mero richiamo, per il settore pubblico, alla disciplina del lavoro privato, come negli altri casi, "per quanto applicabile", senza poi predisporre un quadro di regole specifiche in ordine alle conseguenze della violazione delle regole e degli effetti sanzionatori, ad eccezione di tutte quelle ipotesi di stabilizzazione automatica prevista da diverse leggi regionali nel tempo dichiarate costituzionalmente illegittime in quanto adottate in violazione dei principi generali dell'ordinamento in tema di accesso alla p.a., ma limitandosi ad affermare la responsabilità economica e disciplinare dei dirigenti responsabili delle scelte assunzionali in violazione del sistema vincolistico disegnato dal legislatore.

Infatti, con riferimento all'impiego pubblico, il comma 3-*bis*, aggiunto dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, c.d. legge di Stabilità 2013 all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 4, comma 6 del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni nella legge 30 ottobre 2013, n. 125, hanno disciplinato due diverse procedure speciali di reclutamento a favore del

[9] Cfr., per tutti, Chieco, *I contratti "flessibili" della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione ordinaria della "conversione": note critiche a margine della sentenza 89/2003 della Corte Costituzionale,* in *Lav. pubbl. amm.,* 2003, II; 3-4, 489 ss.

[10] Sull'Accordo quadro CES, UNICE e CEEP, v. Biagi, *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine,* in *Guida Lav.*, 1999, 16, 16. Con riferimento invece alla Direttiva, per un primo commento, si v. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in Garilli-Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 7 ss.

[11] Cfr. ad esempio l'opinione di Bollani, *Lavoro pubblico e flessibilità*, in Magnani, Pandolfo, Varesi (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro competitività*, Giappichelli, Torino, 2008, 177 ss. Per un'analisi più ampia dei principali provvedimenti di c.d. *stabilizzazione* dei precari, almeno nel primo periodo, si v. Miscione, *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, in D'onghia-Ricci, *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009, 177 ss.

[12] In argomento, si v. Fontana, *I co.co.co, nella pubblica amministrazione: scompariranno davvero?*, in *Lav. pubbl. Amm,* 2015, 3-4, 413 ss.; boscati, *La politica del governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»., IT*, 2014, n. 228, 39 ss. Infatti, l'art. 17 della l. delega 7 agosto 2015, n. 124, nell'ambito del programmato riordino della disciplina del lavoro pubblico prevede la revisione delle procedure di reclutamento, con l'istituzione di «*meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche*». Il relativo decreto delegato, tuttavia, alla data di redazione del presente contributo, ancora non risulta emanato.

personale precario delle pubbliche amministrazioni, finalizzate alla valorizzazione delle professionalità acquisite e, al contempo, alla riduzione del numero dei contratti a termine nel pubblico impiego.

I due interventi normativi hanno costituito, almeno secondo le intenzioni manifestate dal legislatore, l'attuazione degli indirizzi programmatici definiti da Governo e dalle parti sociali con il Protocollo d'Intesa sul Lavoro Pubblico del 3 maggio 2012, che prevedeva, tra l'altro, l'introduzione di «percorsi di accesso mediante un reclutamento ispirato alla tenure track», cioè al progressivo inserimento a tempo indeterminato, «nel rispetto dell'articolo 97 della Costituzione e dei limiti alle assunzioni», nonché interventi volti a «contrastare l'uso improprio e strumentale delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile con disciplina della responsabilità dirigenziale e delle sanzioni da applicare per il caso di abuso». [13]

Con la successiva Circolare della Funzione Pubblica n. 5 del 21 novembre 2013, il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione ha fornito i primi indirizzi per la corretta applicazione del d.l. 101/2013 soffermandosi, tra l'altro, sul reclutamento speciale previsto dall'art. 4 del provvedimento, "proprio perché è quello volto al superamento del fenomeno del precariato", sottolineando che tale reclutamento non comporta alcun diritto per i possibili beneficiari e "può essere avviato dalle amministrazioni in via facoltativa, in ragione del loro fabbisogno".

Orbene, anche le richiamate misure riguardano tuttavia gli aspetti legati alla mera fase di reclutamento, senza nulla prevedere in ordine agli aspetti di carattere sanzionatorio per l'abusiva reiterazione di contratti a termine.

La conseguenza è che, pur prevedendosi un insieme di misure, che sia nel settore privato che in quello pubblico, con la finalità di superare le difficoltà legate all'incerta regolamentazione del fenomeno, restano esclusi da una regolamentazione limpida e risolutiva, idonea a limitare le incertezze interpretative di cui si è detto, tutti quegli aspetti, particolarmente rilevanti, di carattere c.d. patologico del contratto a termine nel pubblico impiego, sottratti quindi alla pluralità di soluzioni nel tempo adottate dalla giurisprudenza.

L'effetto di tale tecnica legislativa è stato quella di agevolare la creazione di una disciplina ulteriormente differenziata tra il settore privato e quello pubblico, allargando le distanze tra l'uno e l'altro e sottraendo da ogni previsione espressa, per quest'ultimo, la possibilità, riconosciuta invece alla violazione delle regole nel settore privato, di conseguire l'assunzione a tempo indeterminato in caso di violazione della disciplina legale[14].

Nella medesima direzione sembra d'altra parte porsi anche la l. delega n. 124/2015 (c.d. legge Madia) che, pur come dianzi riferito, nella prospettiva di una rivisitazione della disciplina del lavoro pubblico che tenga conto delle pregresse esperienze di lavoratori impiegati nel settore pubblico con contratti di lavoro flessibile, non interviene sui profili di carattere sanzionatorio ma ha una impostazione tuttora limitata al pur nobile, ma non esaustivo, perseguimento della finalità di circoscrivere l'utilizzo di personale con contratto di lavoro a tempo determinato ovvero comunque flessibile, a fronte di esigenze temporanee ed eccezionali e di contenere il rischio di abusi e precarizzazione.[15]

4. Gli aspetti di carattere sanzionatorio per l'abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato nell'impiego privato e gli ambiti di applicazione al lavoro pubblico

Per effetto del quadro normativo successivo all'entrata in vigore del d. lgs. n. 368 del 2001, peraltro non sempre pacificamente ritenuto dalla dottrina applicabile anche al pubblico impiego,[16] in caso di abuso nell'utilizzo di un lavoratore a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione, l'unico strumento di tutela previsto dall'ordinamento interno resta esclusivamente quella del risarcimento del danno di diritto comune.

[13] Sono numerose le pronunce di illegittimità costituzionale della Corte Costituzionale relativamente alle leggi regionali in materia di stabilizzazione dei precari. La prima decisione è quella di Corte Cost., 11 aprile 2008, n. 95, in *Riv. It. Lav.*, 2008, 4, II, 758, con nota di Salomone, *Primo profilo di incostituzionalità delle regole per la stabilizzazione dei lavoratori pubblici: violato l'art. 117 Cost.* Tra le molte, si v., da ultimo, Corte Cost. 25 febbraio 2016, n. 37. In termini, anche, Corte Cost. 5 maggio 2014, n. 110; Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 277; Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 231; Corte Cost. 11 ottobre 2012, n. 226; Corte Cost., 13 settembre 2012, n. 217; Corte Cost. 30 luglio 2012, n. 211; Corte Cost. 30 luglio 2012, n. 212; Corte Cost. 20 aprile 2012, n. 99; Corte Cost. 3 marzo, n. 67; Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 68; Corte Cost. 1 aprile 2011, n. 108; Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 267; Corte Cost. 4 giugno 2010, n. 195; Corte Cost., 29 aprile 2010, n. 150. In senso diverso, invece, C. Cost. 24 luglio 2003, n. 274. In argomento, per una puntuale ricostruzione, si v. Trojsi, *Il regime giuridico dell'impiego pubblico regionale: evoluzione normativa e assetto attuale,* in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore,* Giappichelli, Torino, 2013, spec. *sub* 106.

[14] Si sofferma su tali aspetti Zilli, *Il lavoro flessibile nelle pp.aa. dopo il Jobs Act,* in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 3-4, 457, in particolare, con riferimento al contratto a tempo determinato, *sub* 461 ss. e 476 ss.

[15] A tal proposito, si v., ma più in generale sul complessivo impianto normativo che scaturisce dal provvedimento, ancorchè in attesa dei singoli decreti delegati, le considerazioni di Barbieri-Bellavista, *Introduzione. Una riforma senz'anima*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 3, 473 ss. ma anche di D'auria, *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia (l. 124/2015)*, *ivi*, 479 ss.

[16] Cfr. Santoro Passarelli, *Note introduttive*, in *Commentario al d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 29; De Angelis, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni,* in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 2002, 45. Di diversa opinione, invece, Maresca, *Art. 11*, in *Commentario…*, *cit.* 117 ss.

Tuttavia, in mancanza di un criterio di misurazione normativamente predeterminato, tale previsione, di fatto, attribuisce al giudice un ampio potere discrezionale di procedere alla sua determinazione e quantificazione.

La conseguenza di siffatto sistema è stata l'adozione di meccanismi e l'applicazione differenziata e talvolta contraddittoria, di una pluralità di criteri e metodi di individuazione del parametro risarcitorio, sovente collegati all'anzianità di servizio del lavoratore, cioè, a dire, alla durata del contratto, con previsione di condanna del datore di lavoro al versamento di tutte le retribuzioni omesse dalla data della cessazione del contratto a termine fino all'effettiva ricostituzione del rapporto. Essi, quindi, in sede interpretativa sono stati progressivamente estesi anche al settore pubblico, proprio con la finalità espressa di riequilibrare la mancata previsione legale, determinando tuttavia pesanti riflessi di ordini economico in danno delle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di certezza in ordine alle conseguenze risarcitorie rimesse all'interpretazione diversificata e mutevole della giurisprudenza che ha di volta in volta utilizzato criteri diversi.

Quindi, per effetto di quanto disposto dall'art. 32, comma 5, della l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato-lavoro), applicabile al lavoro privato ma ritenuto dalla giurisprudenza estensibile a quello pubblico, il legislatore ha previsto che "nei casi di conversione del contratto a tempo indeterminato", fosse altresì prevista la possibilità di condanna del datore di lavoro al risarcimento del lavoratore illegittimamente utilizzato a tempo determinato oltre i limiti e al di fuori delle ipotesi previste dal d. lgs. n. 368 del 2001, mediante riconoscimento di un'indennità onnicomprensiva di ogni altra forma risarcitoria di carattere economico,[17] nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.[18]

Ciò, avendo d'altra parte la Corte costituzionale giudicata illegittima la sanatoria prevista dall'art. 4-bis del d. lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella l. 6 agosto 2008, n. 133, che aveva limitato la sanzione pecuniaria massima al riconoscimento di un indennizzo contenuto tra 2,5 e 6 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Il legislatore ha quindi ritenuto, con tale misura, di introdurre l'applicazione di una sanzione economica forfettaria in grado di ristorare il lavoratore, in aggiunta alla conversione del rapporto, per tutti i pregiudizi subiti per effetto dell'abusivo utilizzo a tempo determinato in violazione di legge.

A ciò hanno provveduto, dapprima, l'art. 1, comma 13 della l. 28 giugno 2012, n. 92 e, quindi, l'art. 28 del d.lgs. 81/2014, ha ribadito che l'indennità spettante al lavoratore sia idonea a compensare integralmente il pregiudizio dallo stesso subito, coprendo tutte le conseguenze sia di carattere retributivo che contributivo relativo al periodo intercorrente tra la scadenza del termine e la pronuncia ricostituiva del rapporto stabilita dal giudice: tale sistema è stato peraltro ritenuto conforme al dettato costituzionale dalla Corte Costituzionale che, con sent. 15 luglio 2014, n. 226 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. 92/2012.

Tuttavia, come si è ricordato, gli effetti risarcitori previsti da tali disposizioni sono stati previsti in funzione integrativa, rispetto alla conversione del contratto a tempo indeterminato. È tuttavia rimasto incerto il campo di applicazione di tale meccanismo, dimodoché l'estensione al settore pubblico è stata affidata all'interpretazione giurisprudenziale, in quanto la conversione del rapporto a tempo indeterminato, oggetto di contrasti nella giurisprudenza comunitaria, è sempre stata esclusa in linea di principio dalla giurisprudenza di legittimità anche in presenza di situazioni particolari come ad esempio quella dei docenti scolastici, ma sovente invece utilizzata da quella di merito.[19]

[17] Va precisato che l'art 1, comma 13 della l. 28 giugno 2012, n. 92 ha espressamente evidenziato tale natura omnicomprensiva. In giurisprudenza, il Trib. Milano 18 marzo 2014, *Lav. giur.* 2014, 719 ss., ha osservato che l'indennità *ex* art. 32, comma 5, della l. 183/2010, come d'altronde già rilevato dalla Corte Costituzionale 11 novembre 2011, n. 303, è da intendersi «satisfattiva di ogni conseguenza negativa patita a cagione della nullità del termine sino alla pronunzia del provvedimento con il quale viene ordinata la costituzione del rapporto».

[18] Cfr. tra i numerosi contributi, Menghini, *I commi 5 e 7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Arg. Dir. Lav*, 2011, 2, I, 336 ss.; Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella l. 183/2010*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2011, 2, I, 227 ss.; Vettor, *Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la legge n. 183 del 2010 al vaglio dei giudici, Arg. dir. lav.*, 2012, 3, II, 749. In giurisprudenza, tra le numerose pronunce in merito, cfr. App. Campobasso, 28 maggio 2014, n. 116; Cass., 21 agosto 2013, n. 19371, in *Riv. It. lav.,* 1, II, 76.

[19] Cfr. la nota decisione c.d. *Mascolo* della Corte Giust, 26 novembre 2014, C-22/13; C-61/13; C-62/13; C-63/13 e C-418/13, che ha sancito la non conformità della normativa italiana sulle assunzioni del personale scolastico alla Direttiva 1999/70, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 1, II, 177, con nota di Aimo, *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico* e ID., I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, 2015, n. 240; De Marco, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, 2015, n. 43.; Pinto, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rappprti a termine e e riforme organizzative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 6, 915. In tema, si v. anche le osservazioni di Perrino, *La Corte di Giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro It.*, 2014, 1, IV, 95 ss. La giurisprudenza comunitaria, si è, in ogni caso, espressa sulla questione, con numerose decisioni.

5. segue: La disciplina sanzionatoria dell'ordinamento interno e la verifica della sua compatibilità con l'ordinamento comunitario nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

La recente normativa nazionale contenente il divieto di ricorso all'utilizzo di lavoratori con contratto a tempo determinato in caso di assenza delle temporanee ed eccezionali condizioni legittimanti il ricorso a tali tipologie contrattuali previste dalla legge, ha stabilito, con l'introduzione del comma 5-*quater* dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, la previsione di nullità dei relativi contratti stipulati in violazione di legge, escludendo inoltre, espressamente, la possibilità di ottenere un'assunzione a tempo indeterminato e prevedendo l'affermazione della responsabilità dirigenziale sia di natura erariale, sia di carattere disciplinare nonché ai fini dell'erogazione della retribuzione di risultato. Essa, dunque, ha ulteriormente ampliato, invece che attenuare, la difformità di regole rispetto alla disciplina del settore privato in quanto, sebbene nel settore privato la sanzione della conversione, in presenza di particolari violazioni, continui ad operare, ciò avviene in un quadro di liberalizzazione complessiva del settore che dovrebbe renderne più remota l'applicazione e, di conseguenza, appare più razionale del regime vigente nel settore pubblico ove invece la possibilità di ricorso al contratto a termine viene notevolmente irrigidita ma il sistema sanzionatorio applicabile in caso di violazione è notevolmente più limitato.

La questione che si pone, considerati anche i numeri molto estesi del fenomeno seppur con le ultime misure il legislatore abbia puntato a ridurne sensibilmente l'entità è, a questo punto, se, sia legittimo un trattamento differenziato tra il dipendente privato e quello pubblico sotto il profilo sanzionatorio.

Inoltre se, peraltro, il divieto di conversione nel pubblico impiego appaia razionale allo scopo di evitare il perpetrarsi di abusi che derivino dall'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato, anche alla luce della normativa comunitaria vigente.[20]

A tal proposito, il giudice delle leggi si è posto il problema se fosse costituzionalmente giustificabile il divieto di conversione del contratto in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., risolvendo la questione in senso affermativo con la decisione 27 marzo 2003, n. 89.

Tuttavia, il dubbio, è di natura diversa, avendo parte della giurisprudenza affermato che in caso di contratto a termine illegittimamente stipulato con la p.a., la (mera) tutela risarcitoria prevista in luogo della conversione del contratto a tempo indeterminato, è da ritenersi compatibile con la Direttiva 99/70/CE purché rappresenti una misura concreta ed effettiva, destinata ad evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine.

Invero, non sempre si è ritenuto applicabile l'art. 32 comma 5 della l. 183 del 2010, stabilendo piuttosto che la fonte di una misura sanzionatoria appropriata e attinente alla fattispecie, debba invece individuarsi talvolta nell'art. 18, l. n. 300 del 1970, anch'essa tuttavia estranea al lavoro pubblico ed in misura ben più significativa, argomentandola poi con l'osservazione che alla portata strettamente risarcitoria del danno la disposizione abbina l'effetto dissuasivo in ragione della rigidità del valore economico previsto[21]; talaltra il criterio indicato dall'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604.[22]

Ad esempio, per Cass., 20 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. It. dir. lav.*, 2012, 4, II, 870, con nota di Fiorillo, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, «la disciplina del reclutamento del personale a termine del settore scolastico, contenuta nel d. lgs. n. 297 del 1994, non è stata abrogata dal d.lgs. n. 368 del 2001, essendone disposta la salvezza dall'art. 70, comma 8, d. gs. n. 165 del 2001, che le attribuisce un connotato di specialità, ribadito dall'art. 9, comma 18, d.l. n. 70 del 2011, conv. in legge n. 106 del 2011, tramite la conferma dell'esclusione della conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze. Lo speciale corpus normativo delle supplenze, integrato nel sistema di accesso ai ruoli ex art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994, modificato dall'art. 1 della legge n. 124 del 1999, consentendo la stipula dei contratti a termine solo per esigenze oggettive dell'attività scolastica, cui non fa riscontro alcun potere discrezionale dell'amministrazione, costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla Direttiva 1999/70/CE e, quindi, non si pone in contrasto con la Direttiva stessa, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria. Ne consegue che la reiterazione dei contratti a termine non conferisce al docente il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato né il diritto al risarcimento del danno, ove non risulti perpetrato ai suoi danni uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza». Sul tema delle supplenze per il personale scolastico, si rinvia anche a Allocca, *La normativa sul conferimento delle supplenze per il personale della scuola e il lavoro a termine dopo le recenti riforme*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, 10, 666.

[20] In generale sulla Direttiva, Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato,* Garilli-Napoli, *in Il lavoro a termine*, *cit.*, 7 ss. Più di recente, per un analisi sulla compatibilità tra diritto interno e normativa comunitaria, Andreoni, *Il risarcimento del danno da violazione della normativa dell'Unione europea*, in Allamprese (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Ediesse, Roma, 2015, 67 ss.

[21] Cfr. App. L'Aquila, 5 marzo 2015, *ined.*; Trib. Genova, 25 marzo 2011, in *Riv. It. lav.*, 2012, 2, II, 418, con nota di Premoli, *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la P.A.; la breccia è aperta ma il muro non crolla*; App. Genova, 9 gennaio 2009, in *Riv. It. dir. lav.*, 2010, 1, II, 133.

[22] È di questo avviso, ad esempio, Cass., 30 dicembre 2014, n. 27481, *ined.* e Cass., 23 dicembre 2014, n. 27363, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 3, II, 430, con nota di Raimondi, *Contratti a termine nella p.a. e risarcimento del danno tra diritto civile e ordinamento europeo*. Tale indirizzo è stato poi seguito anche da successive pronunce, quali ad esempio, Cass., 23 gennaio 2015, n. 1260, *ivi* e n. 1261 e Cass., 3 luglio 2015, n. 13655, *ined.* per quanto consta, nonché, di recente, da Cass. 15 marzo 2016, n. 5072, che può leggersi in *www.ipsoa.it*. Sul tema si v., Allamprese, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e danno da violazione del diritto dell'Unione Europea: parola alle Sezioni Unite,* in *Lav. pubbl. Amm.*, 2015, 2, I, 317 ss., anche per ulteriori richiami ed

Quindi, la giurisprudenza si è variamente divisa tra chi ha ritenuto che la previsione dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2011, già nel testo precedentemente in vigore e, dunque, è da ritenersi, a maggior ragione nella versione della norma rafforzata e modificata dall'art. 17, comma 26, lett. a) e b), l. 3 agosto 2009 n. 102, come ulteriormente modificate dall'art. 4, comma 1, lett. c) del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, fosse tale da escludere in maniera radicale la possibilità che un contrato a termine illegittimamente stipulato con la pubblica amministrazione potesse condurre all'effetto sanzionatorio della trasformazione in contratto a tempo indeterminato[23] e chi invece, sebbene in posizione minoritaria ha addirittura ritenuto, anche nel nuovo quadro normativo, che l'instaurazione del rapporto di lavoro a tempo determinato quale effetto sanzionatorio della violazione delle regole poste in materia di contratto a termine, non sia necessariamente e sempre condizionata dall'obbligo di espletamento di un pubblico concorso o di procedure selettive.[24]

Inoltre, la giurisprudenza comunitaria ha affermato la necessità di garantire, nel quadro dei principi generali del diritto UE, piena efficacia al principio di non discriminazione, in tutte le sue forme,[25] con la conseguenza che il giudice nazionale, qualora ravvisi una norma nazionale difforme, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, che egli ritenga incompatibile con tale principio, debba procedere senz'altro alla sua disapplicazione[26].

Analogamente, come si è detto in precedenza, è stato altresì osservato che la tutela prevista a livello nazionale possa anche essere diversa dalla conversione, purché si tratti di una sanzione che risulti equivalente, effettiva e dotata di efficacia deterrente, spettando dunque al giudice nazionale il compito di verificare se la normativa interna abbia tali requisiti, tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, compresi il numero e la durata complessiva dei contratti o dei rapporti a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro.[27]

A tal fine, è proprio lungo tale crinale che la giurisprudenza nazionale si è invece pronunciata in senso favorevole alla conformità con l'ordinamento comunitario del diverso regime sanzionatorio, osservando che in caso di contratto a termine illegittimamente stipulato con un p.a., la tutela risarcitoria prevista in luogo della conversione del contratto a tempo determinato sia da ritenersi compatibile con la Direttiva 99/70/CE solo quando rappresenti una misura effettiva, destinata ad evitare e, ove possibile, anche a

approfondimenti giurisprudenziali.

[23] Secondo Cass., 13 gennaio 2012, n. 392, *in Riv. It. lav.*, 2012, 1, II, 138 ss., con nota di Ciucciovino, *L'idoneità dell'art. 36, d. lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, con rifermento tuttavia al quadro normativo previgente alla riforma del 2014, il d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36, nel riconoscere il ricorso al contratto a termine e ad altre forme negoziali flessibili nel rapporto di lavoro pubblico, ha valorizzato il ruolo della contrattazione collettiva con l'attribuire alla stessa una più accentuata rilevanza rispetto al passato, ma nello stesso tempo ha rimarcato l'innegabile differenza esistente tra forme contrattuali nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato ed in quella del lavoro privato. Ne consegue che la suddetta norma si configura come speciale in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio che – per escludere la conversione in un contratto a tempo indeterminato e con il risultare funzionalizzato a responsabilizzare la dirigenza pubblica nel rispetto delle norme imperative in materia nonché a risarcire i danni che il lavoratore dimostri di aver subito per la violazione delle suddette norme – risulta alternativo a quello disciplinato dal d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 5, escludendone in ogni caso l'applicazione. Peraltro, secondo il giudice di legittimità, «la giurisprudenza constante della Corte di Giustizia europea, di recente ribadita da una ulteriore pronunzia (C. Giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato), porta ad escludere nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato, l'applicazione del d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 5, dal momento che nel nostro assetto ordinamentale si rinviene, con le disposizioni di cui al d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36, un sistema sanzionatorio capace – in ragione di una più accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e del riconoscimento del diritto di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore, di prevenire, dapprima, e sanzionare, poi, in forma adeguata l'utilizzo abusivo da parte della p.a. dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato». Nel merito, in termini, già Trib. Trieste, 29 marzo 2011, *Riv. It. lav.*, 2012, 2, II, 418, con nota di Premoli, *Divieto di conversione…*, *cit*.

[24] Cfr. Cass. 9 marzo 2015, n. 4685, inedita per quanto consta, ma può leggersi in *www.quotidianosanita.it*.

[25] Ad esempio, proprio con riferimento alla normativa sul lavoro a tempo determinato, con riferimento al profilo del computo dell'anzianità di servizio, la Corte di Giustizia ha affermato l'ingiustificatezza di un trattamento differenziato tra lavoratori pubblici e privati. Cfr. Corte Giust. 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, in *Riv. Giur. Lav.,* 2012, 10, II, 15, con nota di Zitti, *L'anzianità di servizio dei precari pubblici: una discriminazione alla rovescia?*

[26] V. Corte Giust., 10 marzo 2011, C-109/09, in *Riv. It. lav.*, 2012, 2, II, 528 ss. con nota di Diamanti, *Reiterazione di contratti a termine in ragione dell'età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione*. Si v. anche Corte Giust. 19.1.2010, 555/07, *LG*, 2010, 1079, con nota di Cosio.

[27] Cfr., da ultimo, Corte Giust. 12 dicembre 2013, C-361/12. In dottrina, Gentile, *Corte di Giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dello Stato*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2014, II, 479 ss.; Corte Giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, in *Riv. It. lav.*, 2012, 2, II, 747, con nota di Riccobono, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e «discrezionalità vincolata» degli Stati membri dopo la sentenza Kucuc*. In argomento si v. anche Leccese, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70,* in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, I, 726 ss.

sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine.[28] E dunque, ove ciò non lo sia, che ad essa vada accompagnata anche la sanzione della conversione, in quanto la sola idonea a non derogare dal "livello generale di tutela offerto ai lavoratori" nell'ambito di tutela dell'Accordo quadro CES, UNICE E CEEP allegato alla Direttiva comunitaria, che incontra gli unici limiti in circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e che possono risultare dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi determinati contratti e che sono pertanto tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi nel tempo.[29]

Tuttavia, la consistente variabilità dei criteri di risarcimento di volta in volta utilizzabili in assenza di una precisa normativa di riferimento, rimessa alla discrezionalità valutativa del Giudice, in una materia di siffatta rilevanza, crea in primo luogo il rischio di rendere la sanzione priva di effettività, riducendo il complessivo livello di garanzie giuridiche riconosciute dall'ordinamento.[30] Peraltro, impedisce di distinguere le situazioni in cui l'utilizzo di contratti di lavoro flessibile sia stato determinato da esigenze insussistenti sul piano gestionale ed organizzativo, da quelle nelle quali, invece, il ricorso a forme di collaborazione esterna si sia reso necessario allo scopo di realizzare l'obiettivo di garantire il funzionamento di un determinato servizio pubblico a tutela dell'interesse generale: ad esempio, in carenza di risorse che consentano uno stabile e duraturo inserimento di personale nell'ente.

Ciò favorisce, quindi, l'emergere di differenziazioni di trattamento che aggravano ulteriormente le inammissibili differenziazioni tra le due discipline,[31] collocandosi chiaramente oltre i limiti della legittimità costituzionale e ponendo dunque problemi sotto tale profilo particolarmente rilevanti affrontati di recente, come vedremo, dalla Corte costituzionale con la sent. n. 187/2016.

È, dunque, per tale aspetto, senza dubbio necessario un intervento normativo che, anche per quanto riguarda l'impiego pubblico, preveda espressamente l'applicabilità dell'art. 32, comma 5 della l. 183/2010, e, inoltre, che riaffermi l'esclusione della conversione del rapporto in tutte quelle ipotesi in cui si accerti, alla luce delle innovazioni normative introdotte per il lavoro privato, che l'utilizzazione di lavoratori a termine sia stata preventivamente concordata in sede di contrattazione collettiva ovvero che le ragioni di utilizzo del personale a termine siano collegate ad esigenze obiettive di funzionalità della pubblica amministrazione, non altrimenti riparabili.[32]

Nell'impiego pubblico, poi, come detto, si assiste anche alla affermazione di responsabilità per il dirigente che abbia dato luogo ad assunzioni viziate da profili di abuso rispetto alla normativa limitativa dell'utilizzo di contratti di lavoro flessibile.

Infatti, in conformità a quanto già previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 286/1999, che ha innovato la disciplina dei controlli interni alle pubbliche amministrazioni, dell'operato del dirigente occorre tenere conto anche in sede di valutazione.

In analoga direzione vanno anche le più recenti linee di tendenza della legislazione, secondo quanto da ultimo previsto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, di cui si attendono i decreti attuativi ed in particolare, per quanto qui di interesse, quelli, ai sensi dell'art. 11 del provvedimento, relativi alla revisione della valuta-

In tema, anche Corte Giust. 7 settembre 2006, C-53/04 e C-180/04, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, 601; Corte Giust. 23 aprile 2009, C-378/07, in *Foro it.*, 2009, II, IV, 496; Corte Giust., 1 ottobre 2010, C-372/10, in *Riv. It. lav.*, 2011, 3, II, 859.

[28] Cfr. Trib. Genova. 25 marzo 2011, *cit.*; Trib. Genova, 24 maggio 2011, che ha ritenuto che in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro di personale non insegnante della scuola pubblica, ne consegue il diritto dei lavoratori al risarcimento del danno nella misura prevista dall'art. 18 St. lav., in *Lav. pubbl. Amm.,* 2011, 2, 253, con nota di Allamprese, *I precari della scuola fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea.* Per l'aggiunta alle quindici mensilità, anche delle cinque mensilità di retribuzione come previste dall'art. 18, comma 4, in giurisprudenza, anche Trib. Foggia, 5 novembre 2009, in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 2010, 453.

[29] V. Trib. Napoli, sez. lav., 22 gennaio 2016, n. 588. In senso conforme, Trib. Napoli, sez. lav., 29 febbraio 2016, n. 1847. *Contra*, però, a testimoniare le profonde difformità intepretative, anche nell'ambito della medesima sez. dello stesso Tribunale, si v. Trib. Napoli, sez. lav., 16 luglio 2014, n. 7885, tutte *ined*.

[30] Cfr. Ferraro, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in Allamprese (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro..*, *cit.,* 57 ss.

[31] Si consideri per esempio che, secondo Cass., 2 dicembre 2013, n. 26951, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, II, 243, con nota di Nunin, il risarcimento andrebbe addirittura quantificato nel tempo medio necessario per trovare un nuovo lavoro.

[32] Per un'applicazione della l. 183/2010, unitamente però alla conversione del rapporto a tempo determinato anche nei confronti di una p.a., si v. Trib. Napoli, 11 giugno 2011, in *Lav. pubbl. Amm.*, 2011, 3-4, con nota critica di Ferretti, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e regime sanzionatorio: i rimedi "creativi" della giurisprudenza di merito.* Per un'applicazione ancor più grave della normativa in tema di lavoro privato anche al pubblico impiego, in caso di violazione delle disposizioni sul contratto di lavoro a tempo determinato, si v. Trib. Catania, 6. Dicembre 2006, in *Lav. pubbl. Amm.,* 2007, 6, II, 1154 e Trib. Catania, 19 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2008, 350. Più in generale, sull'applicazione dell'art. 18 anche all'impiego pubblico, si v. le riflessioni di F. Carinci, *Art. 18 St. lav., per il pubblico impiego cercasi disperatamente*, in *Lav. pubbl. Amm.,* 2012, 2, 247 ss. nonché, con specifico riferimento alle difficoltà di applicazione della disposizione, in particolare dopo la riforma intervenuta per effetto della l. 92/2012, cfr. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico,* in *Lav. pubbl. Amm.,* 2012, 6, 991 ss. Sull'estensione dell'applicabilità dell'art. 18 anche all'impiego pubblico non può mancare di citarsi la nota e dirompente decisione, peraltro tuttora isolata, di Cass., 26 novembre 2015, n. 24157, su cui si v. Tampieri, *La Suprema Corte (non) spiega perché il nuovo art. 18 dello Statuto è applicabile anche al lavoro pubblico*, in q. *Riv.*, 2015, 3-4, II, 510.

zione e alla responsabilità dirigenziale.[33]

L'art. 36, 5° co. del d.lgs. n. 165/2001, già richiamato in precedenza, rafforza poi tale previsione, ribadendo che, in caso di violazione delle disposizioni sancite dalla norma, resta altresì ferma "ogni responsabilità e sanzione" tra cui deve ritenersi possano rientrare anche quelle di carattere disciplinare, secondo quanto previsto dalla legge e dal contratto applicabile, ed in ogni caso il d.l. n. 78 del 2009, convertito nella l. 3 agosto 2009, n. 102 ha stabilito che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non possa essere corrisposta la retribuzione di risultato, salva ogni ulteriore e più grave responsabilità da comminare a seguito di giudizio negativo emerso dall'esame del rapporto informativo rimesso «ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286» in evoluzione, dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, verso gli Organismi indipendenti di valutazione delle performance di cui all'art. 14 del decreto medesimo e le ulteriori innovazioni in precedenza citate.[34]

Va peraltro osservato che, perché abbia maggiore efficacia, la disposizione non dovrebbe riferirsi unicamente ai dirigenti, bensì estendersi a tutti coloro i quali abbiano in qualche misura concorso a violare la norma, dovendosi compiere un'indagine in concreto che tenga conto dell'effettivo grado di responsabilità e della effettiva capacità dei singoli soggetti posti in rado di rimuovere la situazione antigiuridica rilevata o di intervcondizione di agire all'interno dell'ente con l'adozione di atti significativamente in genire per evitare il verificarsene, in ciascuno dei passaggi previsti per la formazione definitiva dell'atto, di cui naturalmente il dirigente è poi il principale responsabile attesa la posizione di vertice ricoperta.

Né, può esservi dubbio sul fatto che debbano sussistere significative differenziazioni tra le responsabilità dell'organo di indirizzo politico e quelle di carattere amministrativo e del dirigente stesso, qualora si tratti di vicende correlate allo svolgimento di attività di carattere gestionale piuttosto che meramente organizzativo, che tengano conto della sussistenza degli elementi del dolo e della colpa grave, valutando la sussistenza di eventuali forme di ingerenza dell'organo politico rispetto all'attività e alle prerogative di quello amministrativo, secondo i principi generali dell'ordinamento, le quali unicamente potrebbero giustificarne coinvolgimento e responsabilità, alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

In tale chiave, va infatti osservato che, nei confronti dei dirigenti è poi espressamente prevista un'ulteriore disposizione di carattere specifico, che ne ha amplificato il livello di responsabilità: la legge prevede infatti che, a fianco alla responsabilità disciplinare, sussiste adesso l'obbligo dell'amministrazione di provvedere al recupero delle somme pagate a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili, che ne rispondono anche personalmente sul piano patrimoniale, qualora abbiano agito con dolo o colpa grave.

Inoltre, in attesa dei decreti delegati della l. 124/2015 che dovrebbero estendere ulteriormente il livello delle responsabilità dirigenziali sulla scorta di quanto previsto dalla legge di delega, una sanzione aggiuntiva, consistente nella revoca dell'incarico con messa a disposizione ovvero, nei casi più gravi, con risoluzione del rapporto, è altresì prevista dall'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 41 del d. lgs. n. 150/2009, in caso di inosservanza delle direttive ricevute: ciò, dunque, potrà ad esempio verificarsi nelle ipotesi in cui il dirigente stipuli autonomamente, e dunque in aperta violazione rispetto alle procedure delineate dalla legge, un rapporto di lavoro con contratto flessibile, ad esempio di collaborazione coordinata e continuativa, in attuazione di quanto previsto dall'art. 35, comma 5 del provvedimento.[35] In tal caso, la sanzione può giungere finanche al mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale ovvero alla sua revoca, alla messa a disposizione e, nei casi più gravi, anche alla risoluzione del rapporto di lavoro.

6. La definitiva affermazione del principio del divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato nel settore pubblico nelle pronunce delle Sezioni Unite nn. 4914/2016 e 5072/2016

Alla luce di quanto si è detto, ed in assenza dunque di una previsione legale di carattere univoco, occorre dunque individuare criteri che, ove possibile, individuino meccanismi di quantificazione del risarcimento del danno derivante dalla prestazione lavorativa svolta in violazione delle prescrizioni dettate dall'art. 36, d. lgs. n. 165/2001 tali da evitare difformità in presenza di situazioni analoghe o che presentino elementi di significativa continuità tra essi.

La vicenda sembra tuttavia aver adesso trovato una definitiva affermazione, perlomeno in ordine all'esclusione della possibilità, come si è visto pur da taluno riconosciuta, dell'assunzione a tempo indeter-

[33] Per un primo commento, ancora limitato tuttavia al testo del d.d.l., si Borgogelli, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 5, I, 689 ss. Più di recente, in seguito all'approvazione della l. 124/2015, ma ancora in assenza dei relativi decreti, Id., *La fatica di Sisifo: la ricerca delle regole sulla valutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica*, *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 3, 533; L. Zoppoli, *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, *ivi*, 517 ss.

[34] In argomento si v., più diffusamente, Mainardi-Nicosia, *Poteri, area del debito esigibile e responsabilità dei dirigenti pubbici*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Il nuovo diritto*, *cit.*, 775 ss.

[35] Cfr, ancora, Fontana, *I co.co.co...*, op. cit.

minato per la violazioni di legge nel settore pubblico.

Invero, ciò a seguito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite resa dalla Corte di Cassazione e alle successive decisioni, che sgombrano ormai il campo da buona parte delle incertezze interpretative che hanno governato la materia, favorendo interpretazioni giurisprudenziali mutevoli e, come si è detto, non sempre uniformi.

Le Sezioni Unite, infatti, con due successive pronunce, la 4914/2016 e la 5072/2016, hanno invece stabilito che nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato, in caso di abuso del ricorso al contratto a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione, vada innanzitutto affermato il divieto di trasformazione del contratto di lavoro, da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ma che il dipendente abbia diritto al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dell'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010, n. 183, e quindi, nella misura pari ad un'indennità omnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604.

In virtù di tali decisioni, la Corte ha dunque sancito tre principi: il primo, e più importante di essi, in virtù del quale, esaminato il complesso ed articolato sistema normativo nel tempo introdotto nell'ordinamento, viene definitivamente chiarito che la sanzione della conversione del contratto a tempo indeterminato, in ogni caso non possa mai operare, per alcun motivo, ponendosi altrimenti in contrapposizione con l'espressa opzione legislativa di escludere radicalmente che, seppur per effetto dell'applicazione di una sanzione punitiva nei confronti dell'amministrazione, un soggetto possa accedere alla pubblica amministrazione senza essere sottoposto ad un concorso ovvero, comunque, ad una selezione pubblica.[36]

Ciò, d'altra parte, risponde anche alla scelta razionale di evitare che un dirigente od un amministratore infedele possa di fatto determinare l'applicazione di una condanna della propria amministrazione di appartenenza allo scopo di favorire un soggetto immesso nei ruoli con contratto di lavoro precario e, quindi, che venga poi di fatto stabilizzato con provvedimento dell'autorità giudiziaria, sebbene tale effetto fosse stato già, seppur solo in parte, scongiurato dalla previsione, come si è osservato in precedenza, di pesanti sanzioni nei confronti dei responsabili di scelte confliggenti con le disposizioni poste a tutela dell'interesse pubblico generale.

E difatti, il ragionamento più significativo che emerge dalle pronunce delle Sezioni Unite consiste nella duplice valutazione, da una parte, che il divieto, per le p.a., di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato è rimasto come una costante più volte ribadita dal legislatore, cosicché «non può predicarsi la conversione del rapporto quale sanzione dell'illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro o comunque dell'illegittimo ricorso a tale fattispecie contrattuale» ma, soprattutto, che il rispetto della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato è risultato essere garantito, non soltanto dall'obbligo di risarcimento del danno in favore del lavoratore, ma anche «da disposizioni di contorno che fanno perno soprattutto sulla responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia scrivibile l'illegittimo ricorso al contratto a termine» e che, nel loro complesso, assicurano dunque la sussistenza di quelle "misure energiche" richieste dalla Corte di Giustizia con la sentenza c.d. Mascolo, nonché assicurano la piena "compatibilità comunitaria" della disciplina nazionale con i principi della Direttiva.

7. L'applicazione della sanzione risarcitoria dell'art. 32, comma 5, l. 183/2010 al lavoro pubblico e l'interpretazione della Corte giust. UE in ordine all'adeguatezza della disposizione

Il secondo aspetto che emerge dalle decisioni delle Sezioni Unite consiste nella determinazione della quantificazione risarcitoria laddove viene previsto, allo scopo di superare il contrasto di decisioni di cui si è riferito in precedenza, che il parametro della l. 183/2010, sebbene introdotto nell'ordinamento come sanzione accessoria rispetto a quella della conversione per l'abuso di contratti a termine nel settore privato, costituisca invece la misura risarcitoria di riferimento, avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 8 della l. 604/66.

Infine, e non secondaria, è poi l'affermazione dei giudici di legittimità secondo cui in caso di abusiva reiterazione di contratti a termine oltre i limiti legali, non occorra una prova del danno, essendo questo in re ipsa e, quindi, automaticamente risarcibile per il solo fatto della violazione della norma che individua i limiti di ricorso al contratto a tempo determinato.

La disposizione di cui all'art. 32, 5° comma, l. 183 del 2010 è stata ritenuta idonea a garantire in maniera efficace il diritto al risarcimento del danno anche perché le Sezioni Unite hanno opportunamente osservato che l'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001 individua la fonte di danno risarcibile nella violazione di disposizioni di legge e non nella perdita del posto di lavoro: d'altra parte, hanno argomentato i giudici di legittimità, che «se la pubblica amministrazione non avesse fatto illegittimo ricorso al contratto a termine, non per questo il lavoratore sarebbe stato assunto a tempo

[36] Su tale aspetto, si v., da ultimo, Cordella, *L'abusiva reiterazione di contratti temporanei: la* non *‹‹conversione›› nel regime generale del pubblico impiego privatizzato,* in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, 5, 667 ss.

indeterminato senza concorso pubblico»: e, dunque, il risarcimento deve coprire il diritto certamente violato, quello al rispetto della disposizione legale limitativa nell'uso del contratto flessibile, individuabile in termini di perdita di chance e non certamente quello ad una più ampia ed estesa categoria di danno meramente ipotetico, salva la concreta ma particolarmente complessa dimostrazione da parte del lavoratore stesso ex art. 1223 c.c. che, ad esempio, la reiterata utilizzazione a tempo determinato gli abbia precluso altre concrete possibilità occupazionali. E, in ogni caso, a giudizio delle Sezioni Unite il sistema delineato dal legislatore, che riconosce in via meramente presuntiva la possibilità di ottenere una misura risarcitoria per effetto del comma 5 dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010, costituisce un adeguato indice parametrico. Infatti, proprio in quanto presunto, la sua utilizzazione esonera il lavoratore dalla prova del danno subito e che consente di colmare quel deficit di tutela originariamente presente nella legislazione italiana, secondo la valutazione della Corte di Giustizia UE, fino tanto che esso è rimasto nell'alveo della valutazione discrezionale del giudice in base all'applicazione dei principi di diritto comune e che, tuttavia, non può estendersi anche alla disposizione dell'art. 36, comma 5, che invece risponde a precise ed insindacabili opzioni di politica legislativa collegate all'attuazione dei principi costituzionali.

D'altra parte, le Sezioni Unite hanno anche affermato che solo apparentemente il regime differenziato – che prevede per il lavoratore privato anche la possibilità di ottenere la conversione – appronti una tutela di carattere superiore; infatti, a giudizio della Corte, l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 32, comma 5, ha una diversa valenza, secondo se sia collegata o meno alla conversione del rapporto. Nel primo caso, l'indennizzo ha una funzione di contenimento del danno risarcibile per essere – o poter essere – l'indennizzo inferiore al danno che potrebbe conseguire il lavoratore secondo i criteri ordinari; nel caso del lavoratore pubblico, invece, è, in senso opposto, in chiave agevolativa, di maggior tutela, nel senso che "in quella misura risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore", salvo che egli non sia in grado di dimostrare di aver subito danni maggiori, circostanza invece preclusa al lavoratore privato che, in cambio di ciò ottiene la conversione del rapporto, senza che la Corte costituzionale, che in argomento si è pronunciata con sentenza 9 novembre 2011. n. 303, abbia ritenuto tale restrizione costituzionalmente illegittima alla luce della previsione della conversione stessa in favore del lavoratore privato.[37]

8. La chiusura del cerchio: le misure per il superamento del precariato nella scuola come idoneo meccanismo risarcitorio nell'impiego pubblico nella sent. Corte costituzionale n. 187/2016

Importanti indicazioni in ordine agli effetti sanzionatori nel settore pubblico e alla compatibilità con la descritta disciplina differenziata prevista rispetto al settore privato, tali da costituire una sorta di "chiusura del cerchio" del complesso sistema interpretativo che se ne ricava, tali peraltro da fornire una chiara opzione interpretativa al legislatore, sono adesso rinvenibili nella sentenza n. 187/2016 della Corte Costituzionale.

Con tale decisione, il giudice delle leggi si è pronunciato infatti sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della l. 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), cioè della norma che prevede la disciplina legislativa delle assunzioni a termine nel settore pubblico della scuola.

La disposizione, al comma 1, stabilisce che: «alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo».

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della l. n. 124 del 1999 era sollevata «nella parte in cui ... consente la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di

[37] Cfr. Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Riv. it. Lav.*, 2012, 1, II, 252, con nota di Di Paola, *La Corte Costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro* e di Zappalà, *La Consulta e la ponderazione degli interessi del contratto a termine: stabilizzazione versus indennità risarcitoria forfetizzata*, secondo cui "*non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 4° e 5°, l. n. 4 novembre 2010, n. 183, sollevate con riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, primo comma, Cost.*". L'ordinanza di rimessione era di Cass., 28 gennaio 2011, n. 2112, in *Riv. It. lav.*, 2011, 3, II, 734, con nota di Maretti, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta,* che aveva ritenuto «rilevante e non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale concernente l'art. 32, commi 4°e 5°, l. n. 183 del 2010, applicabile anche ai giudizi di cassazione, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittima apposizione del termine, la liquidazione in via esclusiva di un'indennità contenuta in poche mensilità retributive, per contrasto con i principi di effettività e ragionevolezza del rimedio giurisdizionale, con il diritto al giusto processo e col diritto del lavoro, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost.».

supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi», e ciò per contrasto con l'art. 117, 1° comma della Costituzione, in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio dell'Unione Europea.

La Corte di giustizia, con la sentenza 26 novembre 2014 resa nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo ed altri, anche sul rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale, aveva infatti stabilito che «La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo». Orbene, come si è ricordato in precedenza, la stessa Corte di Giustizia UE, aveva anche affermato che «risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato», stabilendo anche, al paragrafo 77: «quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro».

Dunque, la Corte di Giustizia non individuava sanzioni specifiche ma si limitava a sollevare una questione che, comunque, è stata poi variamente interpretata dai giudici di merito.

Per tale ragione, la Corte costituzionale si è quindi pronunciata anche sulla l. 13 luglio 2015, n. 107, contenente la "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", la quale all'articolo 1, co. 131, allo scopo di arginare la questione relativamente al settore specifico, espressamente prevede che: «A decorrere dal 1º settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi», in linea dunque con la riforma generale.

Senonché, la Corte Costituzionale ha altresì esaminato gli ulteriori principi della riforma, consistenti nella conferma della la cadenza triennale dei concorsi e nella predisposizione di significative disposizioni di carattere transitorio, tra le quali un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado, per la copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto rimasti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di immissione in ruolo e l'accesso ai ruoli attingendo alle graduatorie permanenti, fino a totale scorrimento delle relative graduatorie ad esaurimento.

Pertanto, tenuto conto delle misure autorizzate dalla normativa comunitaria, la Corte Costituzionale ha ritenuto che le misure stesse debbano considerarsi alternative tra loro, ritenendo tuttavia sufficiente l'applicazione di una sola di esse ed affermando altresì, in linea generale, che l'efficacia delle misure da assumere dovesse consistere, in primo luogo, nella finalità di «cancellare le conseguenze della violazione».

Orbene, ritenuto che tale efficacia fosse, indubbiamente, tipica della sanzione generale del risarcimento, a giudizio della Consulta anche il c.d. "Piano straordinario" di assunzioni previsto dalla legge c.d. sulla Buona Scuola, fosse da ritenersi una forma di risarcimento, seppur in forma specifica.

E infatti, la stessa Corte di Giustizia UE, prendendo atto del principio del concorso pubblico, ricordato anche nell'ordinanza n. 207 del 2013, ha ritenuto a tale scopo idonea una disciplina tale da garantire una serie di opportunità funzionali allo scopo di conseguire l'obiettivo della stabilizzazione del rapporto.

È altresì importante del resto sottolineare che, rispetto alle situazioni pregresse, la Corte ha quindi delineato una distinzione sulla base del personale interessato. Ed invero si è affermato che occorra distinguere:

«1) Per i docenti, si è scelta la strada della loro stabilizzazione con il piano straordinario destinato

alla "copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto".

Esso è volto a garantire all'intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell' art. 1 della L. n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati).

In tal modo vengono attribuite serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo a tutto il personale interessato, secondo una delle alternative espressamente prese in considerazione dalla Corte di Giustizia.

La scelta è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne; una scelta che – va sottolineato – richiede uno sforzo organizzativo e finanziario estremamente impegnativo e che comporta un'attuazione invero peculiare di un principio basilare del pubblico impiego (l'accesso con concorso pubblico), volto a garantire non solo l'imparzialità ma anche l'efficienza dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

2) Per il personale ATA, invece, non è previsto alcun piano straordinario di assunzione e pertanto nei suoi confronti deve trovare applicazione la misura ordinaria del risarcimento del danno, misura del resto prevista – lo si è più volte ricordato – dal comma 132 dell'art. 1 della l. n. 107 del 2015, che quindi anche per questo aspetto deve ritenersi in linea con la normativa comunitaria».

La Consulta ha quindi concluso ammettendo che lo Stato italiano si è reso responsabile della violazione del diritto dell'Unione Europea, ma che il conseguente illecito è stato poi "cancellato" con la previsione di adeguati ristori al personale interessato.

Per questi motivi, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, dell'art. 4, commi 1 e 11, della l. 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustifichino".

9. La (discussa) esclusione delle c.d. società in house dall'ambito delle pubbliche amministrazioni soggette alla disciplina sanzionatoria speciale

Quanto si è fin qui detto, e soprattutto alla luce del chiaro indirizzo espresso da Cass., sez. un., n. 4914/2016 e 5072/2016, impone tuttavia di individuare con chiarezza quali siano, nel complesso ed articolato sistema delle c.d. società pubbliche, quelle che possano essere definite "pubbliche amministrazioni" e quelle che, pur essendo costituite mediante utilizzo di capitali pubblici, privilegino tuttavia il profilo privatistico perché costituite in forma societaria, con la conseguenza che debbano ritenersi escluse dal campo di applicazione dell'importante principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite.

Il dato formale, infatti, non sembra esaurire in sé il complesso e variegato panorama di enti strumentali e società partecipate, sovente costituite a capitale misto pubblico e privato, ovvero comunque affidatarie in regime di sostanziale monopolio di servizi pubblici locali che siano essenziali per il funzionamento, in particolare, di Regioni e comunità locali, come ad esempio si verifica nel caso delle società di gestione di servizi di trasporto, rifiuti, energia o acqua. Se, infatti, si tenesse meramente conto del solo requisito testuale che emerge dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, che definisce quali amministrazioni pubbliche «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 3002», allo scopo di individuare il campo di applicazione delle norme sul lavoro alle dipendenze delle p.a., si farebbe torto alla complessa articolazione che, nella realtà, assumono gli enti strumentali della pubblica amministrazione, soprattutto quando intesi a livello di Regioni ed enti locali.[38]

Come è noto, infatti, la gestione dei servizi pubblici a livello locale ha subito una progressiva evoluzione normativa che, alla fine degli Anni Novanta ha visto superare il modello rigidamente pubblicistico delle c.d. "aziende municipalizzate" restato in vigore

[38] Si v., ad esempio le approfondite osservazioni di Fontana, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Problemi applicativi e riforme legislative,* in *Lav. pubbl. Amm.*, 2014, 5, 707, il quale, ad esempio, osserva come «l'indefinito e vastissimo arcipelago delle società pubbliche rappresenta uno dei lasciti, forse fra i meno desiderabili, del processo di modernizzazione dell'amministrazione pubblica italiana attuata, fra l'altro, attraverso la strategia del pluralismo organizzativo, ossia attraverso la differenziazione e frammentazione dei tipi di apparati pubblici e il ricorso a strutture separate (fra le quali, soprattutto, gli enti strumentali e le società partecipate), al fine precipuo di esternalizzare i servizi o delegare a soggetti formalmente autonomi funzioni amministrative interne».

per circa un secolo (l. 103 del 1903; r.d. 2578 del 1925; l. 851 del 1938 e l. 1042 del 1969), da una parte allo scopo di sottrarle al controllo della politica locale, proliferando nel tempo meccanismi di gestione clientelare ed inefficienza gestionale, dall'altro nella prospettiva, collegata alla riforma dei servizi pubblici locali e del lavoro pubblico, di favorire uno sbocco di carattere privatistico, all'epoca ritenuto in misura largamente prevalente funzionale al miglioramento produttivo, sia in termini economici che di efficientamento dei servizi pubblici medesimi. E difatti, in questa prospettiva, la l. 12 giugno 1990 n. 142, ha rappresentato una svolta particolarmente decisiva riconoscendo agli enti locali potestà statutaria ed organizzativa tale da conseguire l'obiettivo della gestione dei servizi pubblici, in un'accezione peraltro ben più estesa rispetto al passato, attraverso strumenti di carattere c.d. "imprenditoriale".

Sono così nate progressivamente in numero maggiore istituzioni e aziende speciali, nonché società con capitali prevalentemente pubblici. Il processo di proliferazione è poi proseguito a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 267/2000, stabilendosi anche la possibilità, sostenuta con varie argomentazioni, che la società per azioni, ancorché a capitale interamente pubblico, potesse essere affidataria della gestione di servizi pubblici a prescindere dall'esistenza di provvedimenti concessori e della partecipazione a gare per l'ottenimento della gestione di un determinato servizio.

Senonché, con l'avanzamento del processo di integrazione comunitaria e la regolamentazione della concorrenza sui mercati, tale processo si è lentamente reso più complesso e l'art. 35 della l. n. 448 del 2001 ha ridisegnato il sistema di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, a sua volta poi modificato nuovamente dalla l. 326 e dalla l. 350 del 2003. Il seguito della vicenda giuridica delle società costituite per la gestione degli enti locali è costellato da una pluralità di provvedimenti che sono andati nella direzione della progressiva riduzione del numero di esse, soprattutto se di modeste dimensioni o in perdita e della previsione della necessità di piena liberalizzazione del mercato attraverso la limitazione all'azione di società a capitale misto pubblico/privato ovvero a capitale interamente privato per l'effettuazione di attività di gestione di servizi strumentali all'attività degli enti controllanti e comunque purché esse siano sottoposte al c.d. controllo analogo degli enti controllanti.[39]

Ora, quanto verificatosi e molto sommariamente descritto, ha comportato la costituzione e la creazione di numerose società che operano in regime di in house providing, cioè soggetti che della forma societaria hanno soltanto il vestito esteriore, ma che operano allo scopo di soddisfare direttamente esigenze generali della comunità, con il divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti terzi, anche previa partecipazione a gare, con oggetto sociale esclusivo e che, dunque, sono costituite in misura integrale con l'utilizzo di capitali pubblici.

Tale assetto consente di affermare che, perlomeno sotto il profilo dei vincoli di legge finalizzati al contenimento della spesa pubblica, le società così costituite siano assimilabili a tutti gli effetti agli enti pubblici e dunque sottoposte ai vincoli e alle limitazioni previste per gli enti di tale natura giuridica, nonché ad attenersi alle disposizioni di legge in essere segnatamente per quanto statuito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 e dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Infatti, alla conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, osta la portata precettiva di tutte le numerose disposizioni pubblicistiche che limitano la potestà delle società pubbliche di effettuare nuove assunzioni, come di recente ribadito anche dalla giurisprudenza contabile.[40]

Invero, la conversione a tempo indeterminato di un contratto a termine, nel caso di specie, è subordinata alla presenza di due condizioni:

a) all'avvenuta assunzione del personale a tempo determinato a seguito di procedure selettive di natura comparativa a garanzia dei principi di trasparenza ed imparzialità: l'art. 18, comma 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, infatti, prevede che a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001;
b) dal punto di vista dei limiti di carattere finanziario, al rispetto delle disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante, dagli artt. 4 e 9 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, come convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

L'art. 4, comma 9, del d.l. 95/2012, come convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135 infatti, prevedeva che, a decorrere dall'entrata in vigore del d.l. e fino al 31 dicembre 2015, poi prorogato al 31 dicembre 2016 dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21, alle società controllate direttamente o indirettamente dalle p.a. di cui

[39] Per un'approfondita ed esaustiva ricostruzione dell'ampia varietà di soluzioni giuridiche e degli aspetti normativi connessi alla gestione delle aziende pubbliche, si v. Fimmanò, *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, con particolari riferimenti alla c.d. società *in house*, 57 ss..

[40] Cfr., per tutte, Corte Conti, sez. reg. di controllo, d.l. n. 10/2013/PAR, 22 febbraio 2013; Corte Conti, sez. reg. di controllo Lombardia, d.l. n. 350/2001/PAR; Corte Conti, sez. reg. Emilia Romagna, n. 17/2010/PAR, tutte inedite.

all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 165/2001, che avessero conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato, come avviene per la debbano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante.

Peraltro, quanto alla durata massima dei rapporti di lavoro flessibili, il divieto per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori ai tre anni nell'arco dell'ultimo quinquennio è stato soppresso, da ultimo, dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, come convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, che tuttavia non ha modificato la disciplina generale, con la conseguenza che in ogni caso non potrebbe mai parlarsi di diritto ad ottenere la conversione/costituzione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato, come afferma copiosa giurisprudenza, pur permanendo un rilevante contrasto.

Peraltro, l'art. 16, comma 1 del d.l. 6 luglio 2013, n. 98, come convertito dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, con la finalità di contenimento della spesa pubblica, aveva già previsto la proroga al 31 dicembre 2014 e, quindi, al 31 dicembre 2015 a seguito di quanto disposto dalla l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), della norma contenuta all'art. 9, comma 29, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, come convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 limitativa delle assunzioni per gli enti locali e pacificamente estensibile anche agli enti controllati, salvaguardando in tal modo il principio della stretta connessione tra le società pubbliche e quelle nel cui interesse gestiscono il relativo servizio.

D'altra parte, come affermato dalla più recente giurisprudenza, le c.d. società in house providing «hanno della società soltanto la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ed essa esterni e da essa autonomi»[41] con la conseguenza che ad esse deve ritenersi pienamente applicabile il regime, che esclude la possibilità di conversione del contratto a termine asseritamente illegittimo, previsto per le pubbliche amministrazioni controllanti.

Orbene, anche in tale materia, sussistono dunque consistenti divergenze di vedute a livello giurisprudenziale che le recenti pronunce a Sezioni Unite, per quanto abbiano espresso con chiarezza il principio della non convertibilità dei rapporti a termine nei confronti delle pubbliche amministrazioni, non consentono di risolvere e chiarire in maniera definitiva, restando quanto mai tuttora incerto l'ambito di applicazione dell'enunciazione di diritto formulata e quanto mai auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore che specifichi se, alle c.d. società in house, intendendosi tali quelle che effettivamente rispondano ai requisiti richiesti dalla legge e ai criteri elaborati dalla giurisprudenza, così come sono sottoposte al controllo analogo e a quello della Corte dei Conti, siano estensibili le medesime misure applicabili alle pubbliche amministrazioni controllanti anche dal punto di vista delle conseguenze relative al rapporto di lavoro ovvero se di esse debba essere privilegiato il profilo più strettamente civilistico e, quindi, se, almeno da questo punto di vista esse possano farsi rientrare nell'ambito delle imprese in senso stretto, assoggettate alle medesime regole previste per le società di diritto privato.

[41] Cfr., per tutte, Cass., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5491; Cass., sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, entrambe. In termini, anche Cass. sez. un., 24 ottobre 2014, n. 22609, tutte inedite. La maggior parte di tali decisioni, tuttavia, si sofferma prevalentemente sul profilo dell'assoggettabilità alla giurisdizione della Corte dei Conti e non affronta il profilo strettamente lavoristico tale da consentire di decifrare se tali istituzioni siano equiparabili agli enti controllanti anche per quanto riguarda gli aspetti sanzionatori previsti dalla disciplina del lavoro pubblico.

Carmine Ruggiero
Docente di Diritto commerciale dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Veritas filia temporis: "luci" e "ombre" nel nuovo articolo 120 TUB

abstract

The compound interest, governed by article 1283 Civil Code states that it is unlawful and prohibits in general, unless you configure one of the three hypotheses in it, is the basis of a troubled relationship between banks and customers.

This is the current forecast of codicistica rule in our legal system, which, however, as we shall see hereafter represents the culmination of a long and difficult process of our Western thinking.

keywords

Banking law – Anatocism bank – capitalization of interest.

abstract

L'anatocismo, disciplinato dall'art. 1283 cc che ne dichiara l'illegittimità e lo vieta in generale, a meno che non si configuri una delle tre ipotesi in esso previste, è alla base di un tormentato rapporto tra banche e clienti.

Questa è la previsione attuale della norma codicistica nel nostro ordinamento, che, tuttavia, come avremo modo di osservare nel prosieguo rappresenta il punto di arrivo di una lunga e travagliata elaborazione del nostro pensiero occidentale.

parole chiave

Diritto bancario – Anatocismo bancario – Capitalizzazione degli interessi.

sommario

1. Cenni storici introduttivi. – **2.** Anatocismo bancario: timidi passi verso la "maggiore età". – **3.** L'art. 120 TUB nelle modifiche intervenute dal 2013 ad oggi. – **4.** L'art. 120 TUB nella stesura del 2016: ultimo tassello nei "mille volti" degli interventi legislativi. – **5.** La nuova formulazione dell'art. 120, comma 2 TUB alla luce delle novità introdotte. – **6.** Art. 120 TUB, comma 2: discipline a confronto. – **7.** Le immancabili "conferme" dell'art. 120, comma 2, TUB, nella sua nuova veste. – **8.** Rilievi conclusivi.

1. Cenni storici introduttivi

Nel linguaggio di uso comune il termine "anatocismo" – "ulteriore usura" – che deve la sua origine etimologica al greco[1], viene utilizzato per indicare rispetto ad un certo debito pecuniario la produzione di interessi ulteriori su quelli scaduti e non pagati.

In pratica, con l'espressione anatocismo si fa riferimento al fenomeno giuridico-contabile consistente nella produzione e nel computo di ulteriori interessi sugli interessi scaduti e dovuti dal debitore, mediante sommatoria di questi ultimi al capitale sul quale erano stati calcolati (c.d. capitalizzazione). Ci si riferisce, dunque, a qualcosa di diverso rispetto agli interessi semplici – tali quelli che maturano sul capitale - ossia ad interessi composti che maturano oltre che sul capitale anche sugli interessi scaduti.

A livello di disposizione codicistica l'anatocismo è disciplinato dall'art. 1283 cc, che ne dichiara l'illegittimità e lo vieta in generale, a meno che non si configuri una delle tre ipotesi in esso previste (esistenza di usi normativi contrari; proposizione di una apposita domanda giudiziale volta ad ottenere tali interessi; stipula di una convenzione fra le parti posteriore alla scadenza degli interessi).

Questa è la previsione attuale della norma codicistica nel nostro ordinamento, che, tuttavia, come avremo modo di osservare nel prosieguo, in una analisi concisa ma chiara, rappresenta il punto di arrivo di una lunga e travagliata elaborazione del nostro pensiero occidentale.

Non si dimentichi storicamente lo sguardo di sfavore della Chiesa rispetto alla corresponsione di interessi sui prestiti di somme di denaro, pratica considerata, almeno astrattamente, immorale, in quanto destinata a determinare la produzione di ricchezza dall'utilizzo del denaro.

Occorrerà attendere la nascita di un nuovo ceto, quello mercantile, ed il fiorire di un rinnovato sviluppo economico e culturale per raggiungere la piena consapevolezza dell'inadeguatezza delle norme civilistiche di diritto comune, eccessivamente rigide e non adatte alle tipologie di traffici mercantili che si

[1] Dal greco ἀνατοκισμός formato da ἀνα - cioè "di nuovo" e τοκισμός ossia "usura"; significa quindi "ulteriore usura": per i giureconsulti veniva definito con tale termine il contratto in cui gli interessi del capitale si aggiungono al capitale stesso, e su quest'ultima voce veniva calcolato ulteriore interesse. Si tratta di un meccanismo che di fatto determina la produzione di interessi composti.

andavano diffondendo. Si avvertiva come inevitabile un diritto snello ed al passo con i traffici e i legami contrattuali propri della classe mercantile: era il tempo della cd. la "lex mercatoria", antenata del nostro diritto commerciale[2].

Tra le principali particolarità introdotte dalla lex mercatoria, rientra la pratica della remunerazione dei prestiti di denaro per lo svolgimento di attività propriamente mercantili: nulla a che vedere, dunque, con la pratica di prestare somme di denaro a chi versasse in condizioni di disagio e bisogno, pratica che continuò ad essere percepita come immorale. L'anticipazione di somme di denaro rappresentava una necessità dei tempi, e per i mercanti la possibilità di nuovi investimenti e di moltiplicare i propri guadagni in attività commerciali spesso rischiose e dall'esito incerto.

L'applicazione di tassi di interessi sui prestiti concessi divenne certamente con il tempo la regola, anche per coloro che non erano mercanti, a dimostrazione di come il diritto civile fosse stato influenzato e modificato in modo decisivo dalla lex mercatoria.

E dalla remunerazione dei prestiti con tassi calcolati su periodi di tempo predeterminati, si giunse poi alla previsione, in caso di mancata restituzione delle somme date in prestito, della capitalizzazione degli interessi, e quindi in sostanza all'anatocismo.

L'istituto dell'anatocismo lo si ritrova sia nel codice Napoleonico che nel codice civile del '65[3], con l'ulteriore previsione di altra forma di anatocismo nel codice del commercio del 1882[4].

In sostanza, prima del codice del 1942, coesistevano due tipi di anatocismo: quello civile – equiparabile al nostro art. 1283 c.c. – e quello commerciale, applicabile al contratto di conto corrente e svincolato dai limiti della norma civilista.

La scelta successivamente fatta dal nostro legislatore intorno agli anni '40, di unificare il codice civile con quello commerciale, creando un unico testo, diede vita all'introduzione di un'unica ipotesi di anatocismo, quello appunto previsto dall'attuale articolo 1283 c.c., facendo scomparire quella prevista nel diritto commerciale per il contratto di conto corrente.

Con l'art. 1283 c.c., dunque, rispetto al codice del 1865, nella sostanza fu solo previsto un termine più breve per la maturazione del diritto a pretendere gli interessi anatocistici; tutto il resto rimase pressoché invariato[5].

2. Anatocismo bancario: timidi passi verso la "maggiore età"

L'argomento dell'anatocismo bancario, complesso e spinoso, e ancor più le problematiche involgenti la capitalizzazione trimestrale degli interessi, ha dato luogo a quello che molti hanno definito come "fermento legislativo", e che lo scrivente ritiene connotarsi piuttosto nei tratti di una vera e propria "frenesia" normativa, che spesso pervade l'attività del nostro legislatore in quelle tematiche di forte impatto sociale, verso le quali confluiscono le attenzioni – non proprio disinteressate – di soggetti diversi.

È così, nel delicato e controverso equilibrio che scandisce i rapporti tra banche e clienti, attraverso interpretazioni giurisprudenziali e letture dottrinali, si è passati da una stasi originaria, dovuta all'assenza nel Testo Unico Bancario ("TUB") – d.lgs. n.385/1993 – di qualsivoglia disposizione in tema di disciplina degli interessi[6], ad un improvviso cambio di rotta giu-

[2] La *lex mercatoria* nasce inizialmente come insieme di disposizioni, spesso anche minuziose, che erano contenute negli statuti delle corporazioni di appartenenza dei mercanti e che disciplinavano sotto un profilo sia sostanziale che processuale i rapporti economici tra gli aderenti alla corporazione medesima. In una fase successiva la *lex mercatoria* si carica di una grande forza espansiva, viene adottata in città diverse da quelle della sede della corporazione a cui il mercante apparteneva, applicata nei rapporti tra il mercante iscritto alla corporazione e quello non iscritto, ed infine utilizzata per regolare anche i rapporti tra i mercanti e i non esercenti che attività di commercio.

[3] Nel Codice Civile Napoleonico del 1804 l'articolo 1154 stabiliva espressamente che «gli interessi scaduti dei capitali possono produrre interessi, o in seguito a una domanda giudiziale, o in forza di uno specifico accordo, a condizione che, vuoi nella domanda, vuoi nell'accordo, si tratti di interessi dovuti almeno per un anno intero». Analoga previsione anche nel Codice Civile Italiano del 1865, che all'art. 1232 prevedeva anch'esso interessi d tipo anatocistico, fissando in un anno il termine per il calcolo e per la loro debenza, e salvi gli usi commerciali. L'art. 1232 comma 1 c.c. così statuiva: «Gli interessi scaduti possono produrre altri interessi o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa, o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi».

[4] Il Codice del Commercio del 1882, all'art. 344 n. 3, prevedeva, infatti, un anatocismo diverso rispetto a quello statuito dal codice civile, disponendo espressamente che «l'annotazione in conto corrente produce ... il decorrimento dell'interesse sulle somme passate a conto corrente, a debito del ricevente, dal giorno dell'esazione».

[5] Nella Relazione del Ministro Guardasigilli dell'epoca al Progetto Ministeriale – Libro delle Obbligazioni 1941 – si legge, infatti, «L'anatocismo è rimasto regolato (art. 18) come all'art. 103 progetto della Commissione Reale, che ha innovato all'art. 1232 c.c. solo in quanto ha consentito la capitalizzazione semestrale anziché annuale degli interessi. Questa riduzione di periodo è da accogliere, perché il valore odierno della moneta consente di ritenere che con l'importo di un semestre di interessi si può costituire una somma rilevante, che il creditore potrebbe utilizzare come capitale; la riduzione perciò non comporta il pericolo di usura. Rimangono integre le eccezioni di cui al primo capoverso dell'art. 1232 c.c., che l'art. 18 specifica come riserva, non soltanto degli usi del commercio, ma anche delle disposizioni particolari di altre leggi».

[6] Sino al 1999, la giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che in ogni rapporto tra banche e clienti sussistesse un uso normativo legittimante la decorrenza di interessi sugli interessi di cui il cliente fosse debitore, al di là dei limiti fissati dall'art. 1283 c.c., superabili proprio alla luce del richiamo agli usi contrari fatto dal medesimo articolo. Sul punto Cfr., Cass., 15.12.1981, n. 6631, in Riv. dir. comm., 1982, II, 89; Cass., 17.4.1997, n. 3296, in Gius., 1997, 1725; Cass., 01.09.1995, n. 9227, in Banca borsa tit. cred., 1997, II, 136; Cass., 18.12.1998, n. 12675, in Gius., 1999, 647; Cass. n. 5409/1983; Cass., n. 4920/1987; Cass., n. 3804/1988;

risprudenziale, con il quale si è esclusa la possibilità di derogare ai limiti imposti dall'art. 1283 cc. attraverso usi che non siano essi stessi normativi, non rappresentando, evidentemente, gli usi bancari di capitalizzazione trimestrale o annuale un uso normativo. Si tratterebbe, semmai, di una prassi consuetudinaria che molti, per lungo tempo, hanno inteso in una veste diversa, forti di quel silenzio che ha preceduto il revirement giurisprudenziale[7].

Tale prassi consuetudinaria, durata circa un ventennio, ha placato la giurisprudenza di merito che solo in rarissimi casi isolati ha manifestato il proprio dissenso.

In realtà, in questa stasi silente, si è evidentemente creata una condizione di assoluto favore per le banche attraverso il riconoscimento della validità ed efficacia delle clausole contenute nei contratti di conto corrente bancario, che consentivano alle stesse di praticare la capitalizzazione trimestrale sugli interessi privati, con evidente loro posizione di vantaggio.

Questo lo stato di cose sino ad arrivare alla celeberrima pronuncia di Cassazione n. 2374 del 1999[8], la quale, operata una distinzione tra "usi normativi" e "usi negoziali", ha escluso in modo fermo la natura normativa delle norme bancarie predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana: si tratterebbe, a ben vedere, di una prassi alla quale il correntista non ha avuto modo di sottrarsi, acconsentendo all'inserimento della capitalizzazione trimestrale non già in virtù di norme di diritto oggettivo, quanto per avere gli istituti bancari espresso la volontà negoziale in moduli non modificabili, scevri da qualsiasi negoziazione individuale e sottoscritti passivamente dal cliente nella consapevolezza che solo una acritica accettazione avrebbe determinato di fatto l'accesso ai servizi bancari.

È evidente che venendo meno qualsiasi spontanea adesione al precetto giuridico, a fronte della ben più grave condizione psicologica di inevitabilità delle condizioni imposte, la previsione contrattuale della capitalizzazione degli interessi, in quanto basata su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria, non poteva che palesarsi come nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi.

Non può, dunque, non considerarsi la portata rivoluzionaria della pronuncia della Suprema Corte sopra menzionata e il revirement che ha travolto la prassi degli istituti di credito di capitalizzare ogni trimestre gli interessi debitori – sino a quel momento considerata ammessa e lecita – creando, altresì, numerose e comprensibili incertezze applicative in tutti gli operatori del settore.

A ben guardare la disposizione contenuta nell'art. 1283 cc. non esclude in modo assoluto l'anatocismo, bensì limita la stessa possibilità di produrre ulteriori interessi su quelli scaduti se non dal giorno successivo all'accoglimento della domanda giudiziale, e sempre che si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi.

È evidente che le finalità della norma sono state identificate sia nell'esigenza di impedire fenomeni usurai, e sia nell'intento di consentire al debitore di calcolare l'esatto ammontare del suo debito all'atto della sottoscrizione della convenzione.

Il radicale ed improvviso mutamento nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, sebbene espressione di una maggiore sensibilità per la tutela

Cass., n. 2644/1989; Cass., n. 7571/1992. Per la dottrina si v. Ascarelli, Delle obbligazioni pecuniarie, in Comm. cod. civ., Bologna-Roma, 1962, 136; Libertini, Interessi, in Enc. Dir., XXIII, Milano, 1972, 136; Marini, Anatocismo e usi bancari, in Riv. dir. comm., 1982, II, 89; Capaldo (a cura di), L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie, Padova, 2010; Manzi, Commento sub art. 120 D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, in Comm. al D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385., Padova, 2011, 1755 e ss.; Giorgianni - Tardivo, Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari, Milano, 2012, 399 e ss.

[7] Si arriva, infatti, al "tempestoso" overruling con il quale la Suprema Corte (a partire dalle storiche sentenze Cass. n. 2374/1999 e, successivamente, Cass. n. 3096/99 e Cass. 12507/1999) scardinò l'interpretazione tradizionale, affermando che l'esistenza di un uso normativo idoneo a derogare i limiti di ammissibilità dell'anatocismo previsti dalla legge appare più oggetto di un'affermazione basata su un incontrollabile dato di comune esperienza, più che di una convincente dimostrazione. Mutando radicalmente orientamento, la Cassazione ha ritenuto che le norme bancarie predisposte dall'associazione di categoria (A.B.I.), in forza delle quali le banche hanno praticato la capitalizzazione trimestrale, hanno una natura meramente negoziale ex art. 1340 cc., e non possono, di contro, inquadrarsi nella categoria rigida degli usi normativi cui fa riferimento l'art. 1283 cc. Ha affermato la Corte che «gli usi contrari, ai quali il legislatore fa riferimento, sono i veri e propri usi normativi, di cui agli artt. 1, 4 e 8 delle disp. prel. c.c. che, secondo la consolidata nozione, consistono nella ripetizione generale, uniforme, costante, frequente e pubblica di un determinato comportamento (usus), accompagnato dalla convinzione che si tratti di comportamento (non dipendente da un mero arbitrio soggettivo ma) giuridicamente obbligatorio, e cioè conforme a una norma che già esiste o che si ritiene debba fare parte dell'ordinamento (opinio juris ac necessitatis). Agli usi normativi, che costituiscono fonte di diritto obbiettivo, come è noto, si contrappongono gli usi negoziali, disciplinati dall'art. 1340 c.c., consistenti nella semplice reiterazione di comportamenti a opera delle parti di un rapporto contrattuale, indipendentemente non solo dall'elemento psicologico, ma anche dalla ricorrenza del requisito della generalità. La efficacia di detti usi è limitata alla creazione di un precetto del regolamento contrattuale, che si inserisce nel contratto salvo diversa volontà delle parti...».

[8] I principi di diritto e l'orientamento espressi dalla sezione I della Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 2374 del 16.3.1999 sono stati condivisi e ribaditi dalla sezione III della Suprema Corte con sentenza n. 3096 del 30.3.1999, nelle cui motivazioni si legge che «...va riaffermato che la capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della banca sui saldi di conto corrente passivi per il cliente non costituisce un uso normativo, ma un uso negoziale, essendo stata tale diversa periodicità della capitalizzazione (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore del cliente sui saldi di conto corrente per lui attivi alla fine di ciascun anno solare) adottata per la prima volta in via generale su iniziativa dell'ABI nel 1952 e non essendo connotata la reiterazione del comportamento dalla opinio juris ac necessitatis».

del contraente cosiddetto debole, ha rappresentato un campanello d'allarme per il nostro legislatore, che si è affrettato, a fronte dell'innumerevole mole di giudizi pendenti nei Tribunali in conseguenza del nuovo orientamento giurisprudenziale, ad inserire un secondo comma all'art. 120 T.U.B.[9], assegnando al CICR il compito di fissare modalità e criteri per la produzione di interessi su interessi maturati, ed introducendo, in tal modo una disciplina speciale nell'ambito della disciplina bancaria, sottratta all'applicazione dell'art. 1283 cc.

A seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 3, D.Lgs. n. 342/1999[10], cosiddetto "decreto salva banche"(che modificava l'art.120 TUB, facendo salve le pregresse pattuizioni anatocistiche e prevedendo, per il futuro, che le modalità di produzione di interessi anatocistici dovessero essere determinate da un'autorità amministrativa, nello specifico il CICR., la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 21095/2004, si è nuovamente pronunciata, affermando che, fermo l'assunto della incontestata non attualità di un uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario, restava il problema di determinare se sia corretto o meno escludere anche che un siffatto uso preesistesse al nuovo orientamento giurisprudenziale (Cass. 1999 n. 2374 e successive conformi) che lo ha negato, ponendosi in contrasto con la precedente giurisprudenza[11].

In altri termini, la conclusione cui la Corte giunge nella sentenza n. 21095/2004 e nelle successive pronunce, è nel senso di ritenere, per effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 25, comma 3, D.Lgs. n. 342/1999, che le clausole anatocistiche inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente alla entrata in vigore della delibera del CICR (22 aprile 2000) restano, secondo il principio della successione delle leggi nel tempo, sotto la vigenza delle norme anteriormente in vigore, alla stregua delle quali sono da considerarsi nulle, per violazione dell'art. 1283 c.c.

Si viene così a delineare il seguente quadro: il divieto di cui all'art. 1283 c.c. manteneva la sua efficacia fino all'entrata in vigore della Delibera CICR, con conseguente nullità delle convenzioni anatocistiche anteriori. Il medesimo divieto invece, subiva una deroga con riferimento alle clausole introdotte successivamente all'entrata in vigore della stessa, le quali se adottate nel rispetto delle condizioni e indicazioni prescritte dal CICR, erano da considerarsi pienamente legittime e produttive di effetti. Non può negarsi dunque la funzione di "spartiacque" della Delibera CICR 09.02.2000 nella valutazione del fenomeno anatocistico applicato ai contratti bancari nonché la sua utilità come parametro di riferimento utilizzato dagli operatori nel corso dell'ultimo decennio per valutare prima della delibera l'illegittimità/nullità e la validità/efficacia delle clausole anatocistiche successive alla delibera.

La vicenda degli interventi normativi in materia, definita non a caso frutto di "frenesia" legislativa, si è successivamente scontrata con la cd. Legge Milleproroghe – art. 2, comma 61, legge 26 febbraio 2011, n. 10 – e con il tentativo di restringere il termine di prescrizione delle azioni di ripetizione degli interessi anatocistici, secondo i principi enunciati dalle men-

[9] L'art. 120 TUB prevedeva un terzo comma – «Le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente» – dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 425/2000 per eccesso di delega.

[10] La censura della Corte Costituzionale veniva mossa contro il comma 3 dell'art. 25 – modificativo dell'art. 120 – in quanto con esso si sarebbe introdotta un'indiscriminata validità temporanea delle clausole anatocistiche bancarie contenute nei contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, prescindendo dal tipo di vizio in concreto e soprattutto da ogni collegamento con il TUB. Recita, infatti, la Corte con riferimento all'art. 25, comma 3: «È dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 3, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342 (Modifiche al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) nella parte in cui stabilisce che le clausole riguardanti la produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria [delibera poi emessa il 9 febbraio 2000 ed entrata in vigore il 22 aprile 2000], siano valide ed efficaci fino a tale data, e che, dopo di essa, debbono essere adeguate – a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente – al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti».

[11] «In tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi debitori di conto corrente bancario passivi per il cliente, a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 425/2000, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76 Cost., l'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 342 del 1999, il quale aveva fatto salva la validità e la efficacia – fino all'entrata in vigore della delibera del CICR di cui al comma 2 del medesimo art. 25 – delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, siffatte clausole, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sono disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore e, quindi, sono da considerare nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c., perché basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, mancando di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, a una norma giuridica, per la convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme a una norma giuridica che già esiste o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico (opinio juris ac necessitatis). (Cassazione, sez. un., 4.11.2004, n. 21095, in Riv. dir. comm., 2005, 7/8/9, 163)

zionate Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Un tentativo, quello attuato dal disegno "salva banche", che la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 78/2012, ha dichiarato incostituzionale in quanto contrario ai principi di uguaglianza e ragionevolezza sanciti all'art. 3 della Costituzione.

3. L'art. 120 TUB nelle modifiche intervenute dal 2013 ad oggi

Si arriva in tal modo, consapevoli della complessità della disciplina anatocistica, ad un nuovo intervento normativo attuato con la legge n. 147/2013 (cosiddetta "Legge di Stabilità" per il 2014), entrata in vigore il 1 gennaio 2014, con la quale si è nuovamente innovato l'articolo 120, comma 2 TUB, e che ha riacceso nuovamente dubbi e sollevato non poche perplessità rispetto alla volontà del nostro legislatore di vietare in modo assoluto l'anatocismo in ambito bancario, ovvero di garantire – visione certamente di maggiore equilibrio – che in ambito bancario non venga superato il limite posto dall'art. 1283 cc[12] .

Ed è sempre nel 2014 che si colloca un nuovo intervento del legislatore, evidentemente non soddisfatto dell'opera sin qui realizzata, con l'art. 31 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, il quale ha avvertito, ancora una volta, l'esigenza di ritornare sulla stessa norma e di proporre una versione diversa dell'art. 120, comma 2, del TUB[13].

L'art. 31 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, tuttavia, non ha mai trovato, nel travagliato panorama normativo del nostro Paese in tema di anatocismo bancario, una sua collocazione, essendo stato soppresso nel corso dell'esame del decreto al Senato e non riproposto in sede di conversione. Conseguenza immediata della mancata conversione sino al 31 agosto 2014, è la circostanza che il testo dell'art. 120, comma 2, del TUB, in vigore dal 21 agosto del 2014 al 14 aprile del 2016, risulta essere il testo introdotto attraverso l'art. 1 della l. 27 dicembre 2013, n. 147, comma 629.

Si aggiunga, inoltre, che contestualmente alla mancata conversione dell'art. 31 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, nell'estate 2014 è stato approvato un ordine del giorno (n. 9/2568-AR/13) in cui il Governo ha chiaramente manifestato le sue perplessità a fronte di un testo – quello introdotto nel 2013 – dall'interpretazione non certo facile: la previsione della capitalizzazione degli interessi e le difficoltà inerenti una sua concreta applicazione, hanno infatti impedito al CICR di emanare la delibera prevista dalla stessa norma[14].

Ed arriviamo, così, al 2015, anno in cui si colloca il disegno di legge 6 marzo 2015, n. 1849 presentato al Senato, all'interno del quale, preso atto dell'esistenza di una situazione di disallineamento tra la normativa primaria e quella secondaria, circostanza che non consente di determinare in maniera incontrovertibile se, a tutt'oggi, l'anatocismo debba ritenersi ancora ammesso, sono state proposte alcune modifiche all'art. 120, comma 2, del TUB ed è stato introdotto espressamente un regime transitorio[15].

Da ultimo, sempre nel corso del 2015, e precisamente nel mese di luglio, la Banca d'Italia ha pubblicato – aggiornando le disposizioni in fatto di trasparenza adottate nel 2009 – le nuove disposizioni di vigilanza in tema di "trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti".

Ultimo tassello, nel panorama delle rivisitazioni, una nuova versione dell'art. 120, comma 2 TUB, le cui modifiche sono state introdotte con d.l. n. 18/16, convertito con l. 8.04.2016 n. 49: all'interno del testo ritroviamo una serie di elementi che vanno a confermare le scelte precedentemente fatte dal legislatore,

[12] Per approfondire l'interpretazione dell'art. 120 TUB nel senso di un divieto assoluto di anatocismo in ambito bancario, si indicano le seguenti pronunce di merito: Trib. Milano, 25 marzo 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 5 agosto 2015, in www.dirittobancario.it; Trib. Roma, 20 ottobre 2015, ivi; Trib. Bologna, 8 dicembre 2015, in *www.ilcaso.it.* Per la dottrina, si v. Antonucci, Divieto di anatocismo bancario: conflittualità e regole istituzionali, in Nuova giur. civ. comm., 2015, 10728 ss.; Maffeis, Il nuovo articolo 120 TUB e la proposta di delibera CICR della Banca d'Italia, in *Riv. Dir. Banc.*, 10/2015, 4 s.; Sartori, Prolegomeni in tema di anatocismo: a proposito della proposta di Delibera CICR della Banca d'Italia, in Riv. Dir. Banc., 10/2015, 2. Per una disamina, inoltre, del divieto di anatocismo in ambito bancario solo oltre i limiti dell'art. 1283 c.c., cfr. Dolmetta, Sopravvenuta abrogazione del potere bancario di anatocismo, in Banca borsa tit. cred., 2015, I, 276 ss.; Farina, L'immediata operatività del (nuovo) divieto di anatocismo, in Contratti, 2015, 878.

[13] L'art. 31 disponeva testualmente: «Il comma 2 dell'art. 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, è sostituito dal seguente: 2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione, con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni disciplinate ai sensi del presente Titolo. Nei contratti regolati in conto corrente o in conto di pagamento è assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nell'addebito e nell'accredito degli interessi, che sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti interessi; per i contratti conclusi nel corso dell'anno il conteggio degli interessi è comunque effettuato il 31 dicembre».

[14] Nello stesso ordine del giorno (n. 9/2568-AR/13), approvato nell'estate 2014, il Governo si è espressamente impegnato ad «adottare iniziative legislative in materia di calcolo degli interessi sugli interessi, in modo tale da allineare l'Italia alle prassi internazionali, correggere le incertezze operative e i vuoti di disciplina dovuti alla vigente normativa e aumentare la trasparenza dei tassi per i clienti, prevedendo che la produzione degli interessi sugli interessi nelle operazioni in conto corrente o in conto di pagamento (nei limitati casi ammessi dal CICR) non possa avvenire con periodicità inferiore all'anno».

[15] Secondo il disegno di legge n. 1849 presentato al Senato in data 6 marzo 2015 «fino alla data di entrata in vigore della delibera del CICR prevista dal comma 2 dell'articolo 120 del testo unico bancario, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, continua ad applicarsi la delibera CICR del 9 febbraio 2000, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 22 febbraio 2000».

accanto ad altre che si palesano come novità rilevanti per una serie di aspetti.

4. L'art. 120 TUB nella stesura del 2016: ultimo tassello nei "mille volti" degli interventi legislativi

Non può non evidenziarsi come la indiscussa complessità della disciplina anatocistica, imponga, a questo punto, di concentrare l'attenzione sull'ultimo e recentissimo tassello di una vicenda legislativa, e forse ancor più politica, che ha come protagonista principale da ormai diversi anni, il comma 2 dell'articolo 120, in materia di "anatocismo bancario".

Si è visto come la materia sia stata caratterizzata da un vivace confronto tra organi giudiziari e legislativi, da pronunce di Cassazione che hanno ritenuto illegittimo l'anatocismo nei rapporti bancari, e ancora da un intervento del Legislatore che di fatto, introducendo il comma 2 all'articolo 120 e con l'emanazione della delibera del CICR del 2000, ha finito per legittimare determinati tipi di operazioni nell'ambito dei rapporti bancari. Tutto questo sino ad arrivare ad una frenetica e spesso caotica accelerazione della produzione legislativa che ha dato vita, con alternanza di contenuti ed interpretazioni, a norme differenti nello stile e, soprattutto contraddittorie nel significato.

La stessa disciplina relativa all'anatocismo bancario, introdotta dalla Legge di Stabilità 2014 ed in vigore sino ad oggi, pur essendo nata dall'intento di cancellare il fenomeno dell'anatocismo – sotto un profilo strettamente contenutistico – sul piano formale si è presentata al pubblico in un linguaggio oscuro – infelice - per buona parte dei cultori della materia – che ne ha reso particolarmente disagevole l'interpretazione.

Né può nascondersi un più vivo disappunto per gli sforzi profusi in questi anni nel tentativo di modificare la norma, reintroducendo la possibilità di calcolare interessi anatocistici: si pensi ad. es. all'art. 31, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, che fortunatamente non ha mai visto l'alba del nuovo giorno, non essendo stato convertito in legge.

Ed ora, a fronte del nuovo intervento legislativo di modifica dell'art. 120, comma 2, TUB, il tema dell'anatocismo torna di attualità: è dello scorso mese di marzo il disegno di legge di conversione del decreto legge 14 febbraio 2016 n. 18, recante misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio.

Rispetto al testo originariamente presentato in Commissione, è stato inserito nel testo del disegno di legge l'art. 17-*bis* che ha nuovamente modificato l'art. 120 del Testo Unico Bancario, andando in tal modo a sostituire le lettere a) e b) del comma 2.

Ad una prima lettura, la norma si presenta in una formulazione decisamente più chiara, incarnando, evidentemente, la volontà legislativa di lasciare da parte le incertezze e i dubbi ermeneutici del precedente articolo: di questo si ha contezza già nella scelta di utilizzare l'espressione «la somma addebitata sul conto corrente», che farebbe pensare piuttosto ad una forma di "capitalizzazione" in senso giuridico e non già di anatocismo.

In sostanza, se questa linea interpretativa dovesse trovare, di qui ai prossimi mesi, una sua fondatezza, si avrebbe una situazione che vede, nelle operazioni regolate in conto corrente, l'importo originariamente dovuto a titolo di interessi perdere la sua natura di interesse sul capitale, con le relative conseguenze in tema di quadro normativo applicabile.

Il problema, dunque, è capire se la nuova formulazione dell'articolo permette di superare alla radice la questione dell'anatocismo, tenuto conto che la produzione di interessi su interessi è, di per sé, esclusa rispetto alle somme in conto capitale effettuate sul conto, e che non può, tuttavia, escludersi la possibilità per un istituto di credito di ottenere una certa redditività rispetto alle poste effettuate sul conto. Se, infatti, sul "nuovo" capitale è possibile la maturazione di interessi, l'effetto della nuova previsione dell'articolo 120, comma 2, andrebbe individuato nell'applicazione di un "interesse composto" sul capitale iniziale.

Occorre, inoltre, precisare che la nuova versione del comma 2 dell'articolo 120, al pari della stesura precedente, ripropone la devoluzione al CICR delle norme di dettaglio, che dovranno però adeguarsi alle nuove norme di rango primario in vigore, e che, ad oggi, non sono state ancora emanate.

5. La nuova formulazione dell'art. 120, comma 2, TUB alla luce delle novità introdotte

È opportuno, a questo punto, dare uno sguardo alle novità introdotte, prendendo le mosse proprio dal dato testuale dell'art. 120 TUB, comma 2.

Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

- a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;

Occorre, innanzitutto, evidenziare una serie di novità rispetto al punto a) del comma 2, all'interno del quale si parla di «rapporti» di conto corrente e non più di «operazioni»: per un determinato filone dottrinario, l'utilizzo di questa espressione avrebbe un significato che va al di là del dato terminologico, escludendo dall'ambito di applicazione della norma rapporti di tipo contrattuale che, pur potendo essere

regolati in conto corrente, hanno una natura differente – ad es. impiego e raccolta – e rappresentano, pertanto, un qualche cosa di diverso rispetto ai rapporti di conto corrente.

Non sembra potersi condividere, invece, l'assunto, sostenuto da alcuni interpreti, che individua nell'utilizzo di un certo termine in sostituzione di altro un fatto privo di rilevanza, una mera variazione lessicale, non solo perché sminuisce il senso della modifica, privandolo di un contenuto sostanziale, bensì perché ritengo che solo l'esperienza giurisprudenziale possa fornire in futuro, attraverso l'analisi dei problemi di diritto transitorio che il nuovo testo dell'art. 120 pone con riferimento alle operazioni realizzate medio tempore, una corretta interpretazione, valorizzando l'una o l'altra delle due tesi.

Accanto ai rapporti di conto corrente sono stati, poi, inseriti i rapporti di «conto pagamento», una tipologia di conto di derivazione comunitaria, che trova la sua origine nella direttiva 2007/64/CE in materia di servizi di pagamento nel mercato interno[16]: si distingue dall'ordinario conto corrente in quanto può essere utilizzato per le sole operazioni di pagamento, come prevede l'art. 16, comma 2, direttiva 2007/64, e non per operazioni di risparmio che sono, viceversa, proprie dei rapporti in conto corrente.

Inoltre, sempre al punto a), nel prevedere la regola della pari periodicità, non viene più lasciato all'arbitrio delle parti di decidere il termine per il conteggio degli interessi debitori e creditori, prevedendo il legislatore un termine minimo non inferiore ad un anno per il conteggio, da effettuarsi entro il 31 dicembre per i rapporti accesi nel corso dell'anno.

Ulteriori novità le rinveniamo nel comma b) dell'art. 120, comma 2, TUB, all'interno del quale non si ritrovano più espressioni come «interessi periodicamente capitalizzati», essendo regolati i soli interessi legati al criterio della pari periodicità annuale, suscettibili di essere derogati da disciplina maggiormente favorevole per il cliente, ai sensi dell'art. 127 TUB. Recita infatti, il punto b) del comma 2 art. 120 TUB:

- b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo.

La norma, come può facilmente comprendersi, fa salva la produzione di interessi di mora rispetto al divieto di produzione di interessi ulteriori sugli interessi debitori maturati, applicandosi per gli stessi le disposizioni del codice civile e le regole eventualmente poste dal CICR nell'ampio potere di delega che gli viene riconosciuto; viene, invece, ristretto l'ambito applicativo della stessa norma, limitato, secondo la nuova stesura, ai soli rapporti di apertura di credito in conto corrente ed in conto pagamento, nonché ai fenomeni di sconfinamento in presenza/assenza di fido.

In particolare, per le ipotesi di sconfinamenti, i relativi interessi sono conteggiati con riferimento al loro ammontare alla fine di ciascun anno – il 31 dicembre – diventando esigibili decorsi due mesi, e precisamente il 1°marzo dell'anno successivo.

Ciò significa che gli interessi maturati giorno per giorno nel corso dell'anno precedente, conteggiati alla data del 31.12, diventano esigibili il 1° marzo di quello successivo e, nel momento in cui diventano esigibili – sussistendo l'autorizzazione anche preventiva del cliente – gli stessi vengono addebitati sul conto e vengono considerati, ai fini della produzione di interessi, come capitale.

Di fatto la disposizione prevede il pagamento mediante addebito in conto degli interessi maturati nelle aperture di credito in conto corrente o in conto di pagamento, nonché in caso di sconfinamenti extrafido o di scoperti senza affidamento[17].

È evidente, dunque, che con la previsione dell'esigibilità al 1° marzo successivo degli interessi maturati nell'anno precedente, non trova applicazione il principio di cui all'art. 1194 cc., che prevede il debito certo ed esigibile al momento della chiusura del conto corrente: la conseguenza è che l'art. 1194 c.c. potrà trovare immediata applicazione nel corso del rapporto con riferimento alla sola parte di interessi e spese che debbano considerarsi solutori[18].

[16] L'art. 4, comma 1, n. 14, della direttiva definisce il conto di pagamento come "un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento".

[17] Nel caso di sconfinamenti extra fido, se il correntista ha uno scoperto di conto, l'istituto bancario potrebbe, almeno in astratto, concedere un fido per il pagamento degli interessi addebitati, a fronte delle garanzie di cliente solvibile anche nelle situazioni di conto in rosso. Trattandosi di una possibilità in astratto, non è detto che possa realmente concretizzarsi: la banca, infatti, potrebbe anche non concedere un fido per il pagamento degli interessi divenuti esigibili, non avendo dalla sua il cliente – come precisato dalla giurisprudenza – alcun diritto ad ottenere il credito da parte di chi è già cliente o di chi aspira ad essere tale.

[18] Mentre interessi e spese che si formano nell'ambito di un rapporto affidato, pur maturandosi giorno per giorno, non diventano esigibili il 1° marzo di ogni anno e non sono, dunque, soggetti

Nella pratica, si viene a creare, in buona sostanza, un "monte interessi" liquidato in due fasi differenti: quando la somma di interessi e capitale al 31 dicembre supera il limite dell'affidamento – si parla di interessi extrafido – al 1° marzo si avrà il pagamento esclusivamente della sola parte solutoria – ossia della parte che ha superato il limite dell'affidamento – di detto "monte interessi"; la restante parte di interessi, quelli non extrafido – va pagata alla chiusura del rapporto.

Naturalmente si avrà, ancora, che gli interessi maturati nel corso dell'anno successivo andranno a sommarsi sempre allo stesso "monte interessi" e di lì ci ritroviamo nella stessa identica situazione, che vede a fine anno maturare nuovi interessi, pagati al 1° marzo successivo per la parte di sconfinamento.

Diversa sorte per i rapporti differenti dalle aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per i quali gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale.

Nell'ipotesi di chiusura del rapporto contrattuale, gli interessi diventerebbero immediatamente esigibili, e ciò in ragione del principio di quantificazione definitiva del rapporto di debito/credito tra l'istituto di credito o di pagamento e il correntista: ed è all'atto dell'esigibilità degli interessi, che il correntista può autorizzare l'istituto di credito o di pagamento a procedere all'addebito, determinandosi una situazione nella quale gli interessi addebitati perdono la loro natura giuridica di «interessi» e finiscono per essere riqualificati come «capitale». L'autorizzazione è, comunque, revocabile in ogni momento, ma sempre prima che l'istituto di credito abbia proceduto al relativo addebito[19].

La normativa in esame, in buona sostanza, acconsente a che il correntista – che si presenta come il soggetto debole in sede contrattuale, incapace di scelte consapevoli – autorizzi preventivamente (quindi, prima della scadenza, e non successivamente alla scadenza, come previsto dall'art. 1283 c.c.) l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili, trasformando detti interessi in sorte capitale, produttiva, a sua volta di ulteriori interessi[20].

Mi chiedo se una tale facoltà concessa al correntista non vada a celare una vera e propria pressione psicologica: l'obbligo di liquidazione degli interessi passivi entro 60 giorni, infatti, se non ottemperato dal correntista finisce sostanzialmente per legittimare una forma di anatocismo annuale. Si consideri, inoltre, che agli interessi scaduti possono poi aggiungersi gli interessi di mora, che di regola sono maggiori di quelli corrispettivi, e che finiscono per aggravare in modo notevole la posizione della parte debole già in partenza.

Ecco che allora l'anatocismo bancario rientra, con una certa prepotenza, nel nostro ordinamento, nonostante la mole di pronunce giurisprudenziali, non da ultimo quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[21].

Alla luce, dunque, delle modifiche analizzate e apportate all'art. 120 TUB, nei rapporti di apertura di credito si rinvengono sostanzialmente tre fasi particolari, la prima delle quali – cd. maturazione – vede gli interessi maturare giorno per giorno; alla maturazione degli interessi segue la seconda fase, il conteggio alla data del 31 dicembre, ed infine si ha l'esigibilità, individuata nella data del 1° marzo dell'anno successivo alla maturazione. La scelta del legislatore di differire l'esigibilità delle somme nei due mesi successivi alla chiusura dei conteggi, è forse il frutto di una volontà bidirezionale di determinare un risparmio per il cliente in posizione debitoria, da un lato, e al contempo ridurre il grado di redditività per le banche, la cui misura è legata al saggio di crescita degli interessi pattuiti con il cliente.

all'applicazione dell'art. 1194 c.c.

[19] La scelta del termine «autorizzazione» è legata al risultato netto dei versamenti – siano essi accrediti ovvero prelievi o, ancora addebiti: ciascuna operazione contabilizzata in conto, accredito o addebito, genera a sua volta una variazione del saldo disponibile, che può essere in aumento, nel caso di accredito (art. 1852 cc.), ovvero in diminuzione (si pensi all'addebito in pagamento di una somma sul conto che determina una diminuzione delle somme di cui il cliente è nella immediata disponibilità. Orbene, l'attività di regolamento in conto delle operazioni in dare e avere attraverso moneta scritturale, avviene sulla base della preventiva autorizzazione del cliente alla banca, un autorizzazione che non è espressione di una mera operazione contabile, bensì elemento tipizzante le stesse operazioni bancarie regolate in conto corrente oggetto di autorizzazione preventiva del cliente alla banca.

[20] Quindi se gli interessi bancari si maturano giorno per giorno, la banca potrà chiedere il pagamento solo dopo che gli stessi divengano esigibili, e dunque scaduti, e ciò si verifica in concreto solo al momento della chiusura del rapporto affidato (e nei limiti dell'affidamento), non potendosi ritenere, prima di tale momento, ai sensi dell'art. 1194 c.c., il credito liquido ed esigibile. Infatti, come ha precisato anche la giurisprudenza di merito, «nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario con affidamento, non può parlarsi di liquidità e disponibilità dell'interesse debitorio se non prima della chiusura del rapporto: prima di ciò la banca non può dunque pretendere alcun pagamento, poiché è solo il cliente che può beneficiare della disponibilità delle somme versate e concesse dalla banca» (ex multis Trib. Lecce, sez. dist. di Campi Salentina, 3 novembre 2005, n. 46).

[21] Cass. civ., sez. unite, 02.12.2010, n. 24418, in Foro It. 2011, 2, 1, 448.

6. Art. 120 TUB, comma 2: discipline a confronto

Art. 120 T.U.B. **(Testo precedente le modifiche apportate dalla L. 49/16)**	**Art. 120 T.U.B.** **(Testo introdotto dalla L. 49/16)**
Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale. (Testo in vigore dal 21.08.14 al 14.04.16)	Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti; b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo.

L'analisi della nuova disposizione introdotta nel mese di maggio, non può certamente prescindere da un confronto tra la disciplina introdotta con la legge di stabilità del dicembre 2013 ed il testo di nuova produzione introdotto con la L. 49/16.

Il testo della norma in vigore sino a pochi mesi fa, prevedeva un divieto di capitalizzazione periodica degli interessi, innovando rispetto alla norma originaria che disponeva invece la legittimità dell'anatocismo alla sola condizione che gli interessi attivi e passivi fossero capitalizzati con la stessa periodicità (nella prassi bancaria, trimestrale).

Per una larga parte degli interpreti, nell'intervento del legislatore sarebbe, pertanto, emersa in modo chiaro la volontà di eliminare, nel rapporto tra banche e clienti, ogni forma di produzione di interessi sugli interessi, sia attivi sia passivi: ed infatti, mentre nella previgente versione il CICR era chiamato a stabilire modalità e criteri per la "produzione di interessi sugli interessi maturati", nella stesura entrata in vigore dal gennaio 2014, si demandava al CICR di stabilire modalità e criteri per la "produzione di interessi" nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.[22]

Sempre con riferimento alle modifiche che hanno preceduto il nuovo recente intervento del legislatore, sono state evidenziate una serie di incertezze collegate al significato che il legislatore ha voluto assegnare all'inciso "gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale".

Ed infatti, il termine "capitalizzazione", utilizzato due volte veniva riferito tanto al calcolo di interessi su interessi – c.d. anatocismo – quanto ad una operazio-

[22] In questi termini è orientata la giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Milano, 25 marzo 2015, in *Corr. giur.*, 2015, 10, in cui si sottolinea che l'art. 1 comma 629 della legge di stabilità 2014 «non può che leggersi nel senso della rigorosa esclusione dell'anatocismo nei rapporti bancari, sulla base della mera interpretazione letterale, in forza della quale è difficile assegnare all'espressione "gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori" significato diverso dall'esclusione dell'anatocismo; questo anche alla luce della correlazione con il successivo periodo, che impone di calcolare gli interessi capitalizzati, ossia annotati in conto, esclusivamente sulla sorte capitale. In linea con questa interpretazione anche il raffronto con la precedente versione del comma 2 dell'art.120, che rimetteva al CICR di stabilire criteri e modalità "per la produzione di interessi sugli interessi scaduti", espressione che all'art.1283 c.c. definisce l'anatocismo, e che oggi non è più riproposta nella norma in esame, che si limita a parlare di "produzione di interessi". Inoltre, tale interpretazione risulta coerente finanche con la relazione di presentazione della proposta di legge alla Camera, finalizzata a decretare l'illegittimità della prassi bancaria dell'anatocismo».

ne di capitalizzazione da intendersi come calcolo del valore di un capitale ad un istante futuro[23].

Al fine di una maggiore chiarezza, occorre innanzitutto precisare che la capitalizzazione è cosa diversa dall'anatocismo; infatti, mentre a norma dell'art. 1283 cc. il legislatore disciplina la produzione di interessi sugli interessi già maturati, la capitalizzazione invece ha normalmente due significati: uno strettamente giuridico - un certo interesse si fonde con il capitale e ne diventa tutt'uno - e uno afferente alla matematica finanziaria, lì dove, invece, il termine "capitalizzazione" indica un'operazione mediante la quale si calcola il valore di un capitale in un determinato momento futuro.

La dottrina ha privilegiato la seconda definizione, e precisamente quella che nell'ambito dei contratti di mutuo, le cui rate di rimborso si compongono di una quota di capitale e di una di interessi, ha ritenuto che il termine "capitalizzazione" indica l'entità degli interessi pagati su quella rata, calcolati nel periodo di tempo a cui la rata si riferisce secondo il tasso di interesse convenuto e sulla base del piano di ammortamento dell'intero importo mutuato.

Tenuto conto, poi, della differenza tra interessi semplici e composti[24], si potrebbe pensare che il legislatore, nel modificare l'art. 120 comma 2 TUB con la Legge di stabilità, abbia voluto riferirsi alla capitalizzazione composta.

A tale conclusione si aggiunga l'ulteriore considerazione nata dalla disamina della lett. b) dell'art. 120 comma 2 TUB, che parlava di "interessi periodicamente capitalizzati" e di "successive operazioni di capitalizzazione": il legislatore ha finito per utilizzare il termine "capitalizzazione" indifferentemente per gli interessi e per le operazioni, generando inevitabilmente il dubbio che questo termine sia stato all'epoca riferito tanto al calcolo di interessi su interessi quanto al calcolo del valore di una certa somma capitale a una certa data futura.

Sin dall'inizio la distinzione non è apparsa certamente come fine a sé stessa, dal momento che considerando gli interessi maturati trasformati in capitale infruttifero, accantonato e separato dal saldo del conto corrente, ci si è posti il problema se le somme, contabilizzate a parte, assurgessero a diventare crediti autonomi (attivi o passivi), esigibili al momento della annotazione e quindi suscettibili di separata estinzione per intervenuta prescrizione decennale (decorrente dal momento in cui il diritto può essere fatto valere ex art. 2935 cc.). L'opinione maggioritaria è stata, dunque, nel senso di ritenere che, in una siffatta situazione normativa, il legislatore abbia usato in modo inappropriato il termine "capitalizzazione", volendo piuttosto parlare di "contabilizzazione[25]".

L'art. 120, comma 2, del TUB, "versione 2016" mostra, invece, sin dalla prima lettura, di voler "superare" le profonde incertezze nate dalla precedente formulazione del 2013.

In tali sensi non può non saltare all'attenzione del lettore come talune delle scelte compiute dal legislatore nel 2016 siano coerenti ed in linea con le soluzioni che la Banca d'Italia aveva individuato nella proposta di Delibera CICR posta in consultazione nel mese di agosto 2015.

La stessa Banca d'Italia, infatti, nella sua proposta di delibera aveva introdotto la possibilità di un'autorizzazione del cliente alla capitalizzazione degli interessi nell'ipotesi ciò risultasse a lui favorevole, evitando l'esercizio del diritto di recesso e la proposizione di una domanda giudiziale di condanna: la strada indicata trovava un suo fondamento proprio in ragione delle specificità della prassi finanziaria, che deve gestire masse di clientela, laddove la regola dell'art. 1283 c.c. ben si attaglia a rapporti uno ad uno, diventando di difficile applicazione quando la mole dei rapporti aumenta, come nel caso degli istituti di credito.

In modo particolare lo schema di delibera, rivolgendosi ai finanziamenti regolati in conto, dopo aver stabilito la regola della esigibilità degli interessi solo se maturati per un anno e dopo che siano trascorsi almeno sessanta giorni dall'estratto conto, prevedeva che «decorso [tale] termine […], il cliente può autorizzare l'addebito degli interessi […]. La somma addebitata è considerata sorte capitale» (art. 4).

La somma addebitata, in sostanza, finiva per acquisire la natura di capitale per tutta la durata di vita del conto che regolava il finanziamento: decorso l'anno,

[23] Per le diverse posizioni dottrinarie si v. Stilo, Dall'art. 120, comma 2, TUB alla proposta di delibera CICR: verso il ritorno dell'anatocismo bancario?, in Riv. Dir. Banc., n. 10/2015; Mucciarone, *Anatocismo bancario: verso la fine?*, in *Riv. Dir. Banc.*, n. 3/2016; Bascelli, *La nuova disciplina dell'anatocismo bancario. Le possibili letture di una normativa "tricefala"*, in *Dir. Banc.*, ottobre 2015; Nannelli, *Il nuovo art. 120/2 TUB: La fine dell'anatocismo bancario?*, in *www.fondazioneforensefirenze.it*.

[24] Si aggiunga, inoltre, che la capitalizzazione (intesa quindi come criterio di rilevamento degli interessi) può essere semplice o composta; nel primo caso l'interesse maturato sul capitale iniziale rimane distinto dal capitale stesso e si aggiunge solo al momento appunto della sua capitalizzazione, divenendo un tutt'uno con il capitale stesso; nel secondo caso invece l'interesse maturato a scadenze periodiche predeterminate si somma al capitale e determina una nuova base su cui calcolare gli interessi successivi.

[25] Il primo argomento a contrario, nell'interpretazione fatta, si è indirizzato nel senso che un interesse trasformato in capitale, non produttivo di ulteriore interesse, non sarebbe in linea con l'art. 1283 cc., che parla di interessi prodotti su interessi, e finirebbe per negare il principio di diritto che considera il denaro come bene produttivo di interessi. Orbene, a voler considerare vero tale assunto, l'art. 120 TUB non poteva che riferirsi alla "contabilizzazione", intesa come rilevamento contabile di interessi maturati a una certa data e annotati nelle scritture contabili del conto corrente con un unico saldo contabile: una volta fatta la contabilizzazione, gli interessi del periodo successivo dovevano essere evidentemente calcolati sul solo capitale iniziale e non su quello derivante dalla contabilizzazione degli interessi maturati nel periodo precedente.

risultando impagati gli interessi sugli interessi, gli stessi avrebbero generato a loro volta interessi, e così via, sino alla chiusura del conto, quando l'anatocismo, di fatto, non poteva essere più permesso ai sensi dell'art. 4, comma 6.

Orbene, nella versione "2016" dell'art. 120, comma 2 TUB, nell'ambito dei rapporti di apertura di credito in conto corrente, nonché in caso di sconfinamento extra fido o in assenza di fido, ritroviamo la previsione di interessi debitori maturati giorno per giorno e conteggiati il 31 dicembre dello stesso anno, con esigibilità al 1° marzo dell'anno successivo, termine fissato per scandire l'esigibilità di tali interessi e conseguente possibilità di addebito sul conto qualora sussista una autorizzazione anche preventiva del cliente in tal senso.

Il ritmo "vitale" degli interessi nei rapporti di apertura di credito sarà quindi scandito dai tre momenti della maturazione – giorno per giorno – del conteggio – 31 dicembre – e della esigibilità – il 1° marzo dell'anno successivo alla maturazione.

Gli interessi passivi, una volta maturati e conteggiati, diverranno esigibili trascorso un termine minimo "di quiescenza" di 60 giorni dal conteggio: la scelta di tale differimento nell'esigibilità degli interessi, dovrebbe garantire un maggior "risparmio" per il cliente a fronte di una ridotta redditività per le banche. Non si dimentichi, infatti, che la redditività è in funzione crescente rispetto alla crescita del saggio degli interessi debitori pattuiti.

Una volta divenuti esigibili, gli interessi possono essere coperti mediante addebito sul conto qualora il cliente autorizzi la banca a procedere in tal senso; una autorizzazione che può essere, come già precisato, data anche in via preventiva, in ciò determinandosi una situazione concettualmente diversa rispetto alla previsione di una convezione ex post di cui all'art. 1283 cc.

Lo stesso utilizzo del termine "autorizzazione" è certamente espressione di una attenta e ponderata valutazione da parte del legislatore rispetto al sistema di funzionamento dei rapporti di apertura di credito in conto corrente, all'interno del quale il saldo disponibile per il cliente è rappresentato dalla differenza tra versamenti (o accrediti) e prelievi (o addebiti). Qualunque tipo di operazione contabilizzata in conto, sia essa accredito o addebito, genera a sua volta una variazione del saldo disponibile: in entrambe le situazioni il cliente, ai sensi dell'art. 1852 c.c., si ritrova con una somma che "può disporre in qualsiasi momento", incidendo le diverse operazioni nel senso di determinare un aumento ovvero una riduzione delle somme a disposizione.

Accanto ad operazioni di addebito/accredito sul conto, il nuovo art. 120, comma 2, del TUB "versione 2016" introduce la possibilità che gli stessi interessi debitori maturati e divenuti esigibili possano essere pagati, una volta assimilati al capitale, mediante addebito sul conto corrente.

Per tale operazione, peraltro, si richiede oggi una specifica "autorizzazione", anche preventiva e ciò al fine, si ritiene, di evitare l'illusione ottica che la banca stia praticando una pratica anatocistica applicando interessi su interessi, quando in realtà gli interessi nel momento in cui sono divenuti esigibili ed a seguito di pagamento sono da considerarsi capitale, restando quindi esclusa ex se la configurabilità stessa del fenomeno anatocistico di cui all'art. 1283 c.c..

L'autorizzazione espressa all'addebito consente al cliente di avere immediata conoscenza della circostanza che, alla data del 1° marzo dell'anno successivo, gli interessi maturati giornalmente, conteggiati alla fine dell'anno e divenuti esigibili nel mese di marzo dell'anno successivo, saranno "pagati" mediante addebito in conto e, pertanto, saranno assimilati a sorte capitale.

Si ritiene, pertanto, alla luce delle modifiche introdotte, che l'art. 120, comma 2, lett. b) del TUB nella sua ultima veste non introduca alcuna deroga all'art. 1283 c.c., né vada a legittimare la produzione di interessi su interessi, limitandosi, piuttosto, nello specifico, a disciplinare i soli rapporti di apertura di credito in conto corrente, e le modalità di pagamento degli interessi mediante addebito sul conto nelle ipotesi di sconfinamento extra fido o in assenza di fido.

In sostanza, a parere di molti interpreti, l'addebito degli interessi sul conto non differirebbe dall'addebito di qualsiasi altro onere, spesa e commissione, risultando legittimo al pari degli addebiti delle diverse operazioni che transitano sul conto. Né potrebbe, sempre in linea con tale assunto, ritenersi corretta una differenziazione di procedura per accrediti/addebiti rispetto all'addebito sul conto di una voce, quella degli interessi, che in realtà è già maturata, conteggiata e finanche esigibile.

Una serie di osservazioni si rendono, altresì, necessarie in relazione ai fenomeni di sconfinamenti extrafido o in assenza di fido per i quali il legislatore del 2016 ha previsto, al pari dei rapporti di apertura di credito, che il cliente possa autorizzare l'addebito degli interessi sul conto.

La situazione che si viene a creare alla luce dell'ultimo intervento sull'art. 120 TUB determina che in assenza di fido, ovvero di fido capiente, ed in assenza da parte del cliente di somme a saldo disponibili che consentano il pagamento degli interessi mediante addebito sul conto, il cliente, pur avendo autorizzato in via preventiva l'addebito degli interessi maturati, conteggiati e divenuti esigibili, non ne potrebbe pretendere il pagamento proprio per indisponibilità in conto ex art. 1852 c.c.

In una situazione del genere la banca ben potrebbe rifiutarsi di aumentare il fido concesso al cliente, determinando a sua volta il rifiuto l'impossibilità per il

cliente di pretendere il pagamento degli interessi mediante addebito sul conto.

La Banca potrebbe, viceversa, una volta compiuta una rapida istruttoria, aumentare il fido concesso al cliente nella misura necessaria a procedere all'addebito degli interessi sul conto, con conseguente assimilazione a capitale delle somme addebitate: in tal caso, dunque, l'autorizzazione preventiva del cliente assume una valenza ulteriore, ossia quella di permettere alla banca di incrementare il fido al solo scopo di rendere possibile il pagamento degli interessi mediante addebito in conto.

7. Le immancabili "conferme" dell'art. 120, comma 2, TUB, nella sua nuova veste

Ultimo sguardo, meritano, infine, gli elementi di continuità con il testo precedente.

Fatta eccezione, infatti, per l'unica variazione nell'incipit iniziale, che vede sostituita l'espressione «produzione di interessi sugli interessi» con l'espressione «produzione di interessi[26]», viene, innanzitutto, nuovamente attribuita una delega al CICR, chiamato ancora una volta a stabilire modalità e criteri di produzione sia degli interessi corrispettivi che di quelli moratori per le operazioni compiute nell'ambito dell'attività bancaria (in tali sensi la delega avrebbe una portata ed una efficacia ampia, andando a toccare tutte le operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito).

In sostanza al CICR spetta il compito di determinare le disposizioni di dettaglio relative "alla produzione di interessi", disposizioni che, come ben noto, non sono state mai emanate, con avvio di una recente consultazione pubblica, destinata molto probabilmente a non avere esito[27].

Al pari, dunque, di quanto accaduto all'alba della modifica intervenuta sull'art. 120 TUB ed entrata in vigore nel gennaio 2014, occorrerà nuovamente interrogarsi, rispetto alla delega attribuita al CICR, sull'attuale efficacia dell'intervenuto divieto di anatocismo e sulla sua eventuale dipendenza dall'introduzione della disciplina di dettaglio del CICR. Trattasi di una incertezza che quasi certamente oggi, come allora, favorirà l'insorgere di due contrapposte correnti di pensiero. Si avrà, da un lato, chi ritiene non consentita alcuna prassi anatocistica nei rapporti bancari a far data dall'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 120 TUB, e dall'altro, invece, coloro che, in linea con il parere espresso in passato dal Consiglio Nazionale del Notariato, riterranno l'art. 120 TUB non sufficientemente delineato nei suoi contenuti da parte del legislatore primario, con la conseguenza di riconoscere la capitalizzazione legittima in attesa della delibera attuativa da parte del CICR.

È certamente lecito pensare che la nuova delibera del CICR prenderà in considerazione solo il nuovo testo del comma 2 ai fini della formulazione delle norme di attuazione, con la conseguenza, inevitabile, di non avere disposizioni di dettaglio della norma precedente.

Va da sé che in tale situazione ed in assenza delle disposizioni di dettaglio, pur se richieste dalla legge previgente e mai attuate, resta il dubbio se la pregressa formulazione dell'articolo 120 comma 2, per il periodo in cui è rimasta in vigore, fosse effettivamente dotata di una sua autonoma forza precettiva[28].

A queste considerazioni dovrà evidentemente aggiungersi l'ulteriore rilevo secondo cui, in assenza della delibera del CICR, la precedente stesura dell'art. 120 TUB, comma 2 non sarà mai integralmente completa ed intellegibile. A voler seguire l'orientamento di giurisprudenza più restrittivo, si avrebbe la situazione a dir poco paradossale di una norma valida ma non efficace. Volendo, invece, dare rilievo ad una posizione di maggior apertura, si dovrebbe ritenere che nel corso di questi due anni vi sia stata in vigore una disposizione carente, oltre che infelice, e foriera di tutta una serie di interrogativi di rilievo che restano aperti, in assenza delle regole di dettaglio.

8. Rilievi conclusivi

Il nuovo testo introdotto è certamente destinato a dare luogo ad un nuovo e vivace dibattito, riportando in auge vecchi e nuovi dubbi interpretativi che, forse, solo un auspicato – e sino ad oggi mai attuato – intervento del CICR, nell'esercizio del suo potere di delega, potrà risolvere, attraverso l'adozione di quella disciplina secondaria attuativa dell'art. 120, comma 2 TUB.

Ritengo, tuttavia, che nonostante sia indispensabile e non più procrastinabile un intervento del CICR, la spinta decisiva verso un chiarimento sarà comunque data dall'intervento della giurisprudenza, chiamata a fornire una interpretazione univoca al nuovo testo dell'art. 120, comma 2, TUB, ed in grado realmente

[26] Ciò confermerebbe l'assunto di una parte della dottrina tesa ad esclude che l'art. 120, comma 2, del TUB, nell'attuale versione ed in quella in vigore dal 1° gennaio 2014, rappresenti una norma di deroga all'art. 1283 c.c.. Cfr. Civale, *L'art. 120 del TUB versione 2016: il "valzer" degli interessi nei rapporti bancari*, in *www.dirittobancario.it*, aprile 2016.

[27] Sullo specifico punto, si segnala che la Commissione Finanze della Camera il 25 novembre 2015 approvava due risoluzioni in tema di anatocismo, con le quali si impegnava il Governo ad assumere ogni iniziativa utile atta a rendere la delibera del CICR quanto prima operativa nonché fornire un'interpretazione che impedisca qualunque forma di anatocismo su rapporti regolati in conto corrente, conto di pagamento e finanziamenti a valere su carte di credito. Tutto questo fatta salva la possibilità che nelle aperture di credito in conto corrente la banca e il cliente pattuiscano, con accordo espresso, che il pagamento degli interessi maturati e divenuti esigibili possa avvenire utilizzando il fido, eventualmente con un incremento dello scoperto in essere.

[28] Al riguardo, non si dimentichi che se alcune decisioni giurisprudenziali avevano ritenuto la norma non ancora operativa, in assenza delle relative disposizioni secondarie (cfr. Trib. Bologna, 9 dicembre 2015), altre, invece, avevano considerato efficace da subito il divieto di anatocismo, (cfr. Trib. Milano 8 agosto 2015).

di indicare una linea guida sicura e di facile comprensione e che non lasci spazio al formarsi, come è già accaduto in passato, di modalità operative da parte degli istituti bancari che hanno finito per acquisire un certo peso, incidendo sul contenuto normativo delle stessa disciplina primaria e con ripercussioni, non sempre positive, rispetto alla posizione dei clienti.

La sensazione, però, non muta, pur essendo mutato il testo dell'articolo 120 TUB, comma 2, perché rievoca l'idea, maturata da tempo, che a fasi alterne, con disposizioni normative rinnovate nell'aspetto, ma poco chiare nelle intenzioni realmente perseguite, nell'art. 120 TUB si celi l'intenzione non manifesta di dare nuovamente spazio al calcolo anatocistico degli interessi.

Né può sfuggire come la stessa previsione di una "libertà" del debitore rispetto all'addebito sul conto degli interessi, altro non sia che una pressione psicologica in colui che non onerando gli impegni di pagamento, ed acconsentendo a che gli interessi vengano addebitati sul conto per assumere la veste giuridica di capitale, di fatto crea una situazione di legittimazione alla produzione di nuovi interessi sulle stesse somme: siamo evidentemente tornati al punto di partenza, forse convinti di aver avuto uno sguardo lungimirante, siamo all'anatocismo puro e semplice, quello che ciclicamente ritorna con una certa ostinazione, la rinnovata consapevolezza di quanto siano potenti gli interessi sottesi agli istituti di credito e bancari nel nostro Paese.

Evidentemente questo ritorno costante e ciclico all'interno dei rapporti di conto è espressione di una esigenza che nasce da un sistema economico finanziario improntato a regole che chiedono una maggiore flessibilità anche al nostro Paese, in linea con quanto accade nel resto d'Europa, cui si fa fatica a spiegare il perché di alcune scelte, piuttosto che altre, in nome del rispetto di una disposizione codicistica a tutela di soggetti evidentemente più deboli, ed in posizione di netto sfavore nell'ambito dei rapporti bancari.

Dobbiamo forse convincerci che il sistema economico si regge su regole dettate a livello bancario-creditizio, e che per quanto la tutela del cliente sia a cuore a tanti, tutto quello che si può fare è arginare, ridurre al minimo l'incidenza di determinate disposizioni, magari proprio attribuendo al debitore un potere decisionale e autorizzativo, di cui quasi certamente non comprende neanche la portata e gli effetti.

Pasquale Mautone
Avvocato e Docente presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Riccardi
Avvocato

Sull'obbligo di vigilanza e di controllo del Ministero della Salute sull'importazione e commercializzazione nel territorio dello Stato Italiano di protesi mammarie di tipo P.I.P. (fabbricate e commercializzate in Francia dalla *Poly Implant Prothese*).

Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 06 ottobre 2016, n. 10950, Giud. M. Amura

abstract

The Court of Naples takes a position about obligation of supervising and monitoring of Ministry of Health on importation and marketing in Italy of breast implants P.I.P. (made by Poly Implant Prothese *in France) with brand CE. The Court of Naples finished expulsion of responsibility of Ministry because there isn't a law in set of rules in Italy about later and additional obligation of supervising and monitoring of Ministry about products with brand CE, effectively imported in Italy.*

abstract

Il Tribunale di Napoli affronta la questione inerente l'obbligo di vigilanza e di controllo del Ministero della Salute sulla importazione e commercializzazione nel territorio italiano delle protesi mammarie di tipo P.I.P. (fabbricate e commercializzate in Francia dalla Poly Implant Prothese*) recanti marchio CE. Il Tribunale conclude escludendo la responsabilità del Ministero in virtù dell'assenza di una normativa vigente nell'ordinamento nazionale che obbliga il Ministero della salute di verificare successivamente e ulteriormente i prodotti recanti marchio CE, validamente importati nel territorio italiano.*

keywords

Obligation of supervising and monitoring – Responsibility – Breast implants P.I.P. *– Ministry of Health – Commerce of products with brand CE.*

parole chiave

Obbligo di vigilanza – responsabilità extracontrattuale – protesi mammaria P.I.P. *– Ministero della Salute – Commercializzazione prodotti recanti marchio CE.*

Esclusione dell'obbligo di vigilanza del Ministero della Salute

Ai sensi della normativa vigente tanto in ambito nazionale che europeo, non è imputabile al Ministero della Salute la mancata vigilanza sull'importazione e conseguente commercializzazione sul territorio italiano delle protesi P.I.P., regolarmente recanti vaglio di conformità CE.

La ricostruzione della normativa in materia di commercio e circolazione dei dispositivi medici e, delle protesi mammarie, consente di escludere che sia attualmente vigente nell'ordinamento nazionale un obbligo in capo al convenuto Ministero della Salute di verifica successiva e ulteriore dei prodotti recanti marchio CE e validamente importati nel territorio italiano, essendo, tutt'al più prevista la mera facoltà di attivazione di procedure di vigilanza e controllo una volta avvenuta la messa in commercio del dispositivo, a fronte della segnalazione di specifiche problematiche ovvero a mezzo di controlli a campione; tal per cui deve escludersi la sussistenza della responsabilità dell'Autorità pubblica in ordine all'avvenuta importazione, commercializzazione ed impianto sulla paziente delle protesi in silicone prodotte e commercializzate dall'azienda francese Poly Implants Prothese e dotate di valida certificazione CE rilasciata da apposito Organismo notificato TUV Product Service GMBH, con sede in Germania, la cui mancata corrispondenza agli standard qualitativi imposti dall'Unione Europea è emersa solo a seguito di indagini delle competenti autorità francesi nel 2010.

Trib. Napoli, sez. VIII, 06 ottobre 2016, n. 10950
Giud. M. Amura

(*Omissis*)

Ragioni di fatto e di diritto

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 16.4.2013, l'attrice, sig.ra S. F., conveniva in giudizio il Ministero della Salute, in persona del Ministro *p.t.*, affinché l'intestato Tribunale accertasse la responsabilità del Dicastero convenuto in ordine alla mancata vigilanza sull'importazione nel territorio dello Stato

di protesi mammarie di tipo *P.I.P.* (fabbricate e commercializzate in Francia dalla *Poly Implant Prothese*), con conseguente condanna del medesimo al rimborso della somma di euro 7.173,63 pari alle spese sostenute dall'attrice per l'impianto ed il successivo espianto delle protesi in parola, nonché al risarcimento dei danni morali ed esistenziali paventati dalla stessa e stimati in euro 10.000,00. In particolare, a fondamento della propria pretesa, l'attrice adduceva di essersi sottoposta, in data 8.5.2001, presso la Casa di Cura "V. S." sita in Napoli alla via M. n. 1, ad un intervento di mastoplastica additiva nell'ambito del quale le venivano impiantate protesi del tipo P.I.P. (rispettivamente lotto n. 27500 con numero di serie 195 e lotto n. 19000 con numero di serie 128) regolarmente prodotte e commercializzate in Francia. Nel 2010 le competenti autorità francesi, a seguito di indagini effettuate presso l'azienda produttrice delle protesi P.I.P., rendevano noto che i materiali utilizzati per la produzione delle stesse non risultavano rispondenti ai canoni qualitativi necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione CE per la commercializzazione del prodotto e che, anzi, le protesi contenevano sostanze altamente dannose per l'uomo ed incompatibili con l'utilizzo nell'ambito medico. Pertanto il Ministero della Salute francese, prima, ed il suo omologo italiano, poi, ordinavano la rimozione dal mercato ed il conseguente divieto di utilizzo delle protesi mammarie in silicone prodotte dall' azienda *Poly Implant Prothese*. In particolare, con circolare del 1 aprile 2010, il Ministero della Salute invitava gli operatori sanitari a richiamare le pazienti cui erano state impiantate le protesi *P.I.P.* affinché fossero sottoposte a visita clinico-diagnostica ed effettuassero un *follow up* ravvicinato. L'odierna istante, sig. S. F., dunque, in stato di forte apprensione per la propria salute, pur senza palesare alcuna necessità clinica in tal senso, decideva di sottoporsi autonomamente, in data 24 maggio 2011, all'intervento di espianto e sostituzione delle protesi mammarie, effettuato presso l' Ospedale F. di Napoli per un costo di euro 5.107,80. Tanto premesso l'attrice, paventando anche la sussistenza di danni morali ed esistenziali, chiede che il citato Ministero della Salute, su cui graverebbero, secondo la tesi prospettata dall'istante, oneri di vigilanza e controllo in materia di importazione e distribuzione dei prodotti provenienti dall'estero, risponda ai sensi degli artt. 2043, 2050 e 2049 c.c. dei danni cagionati dall'utilizzo delle protesi *P.I.P.* e sia, conseguentemente, condannato al ristoro economico degli stessi.

Regolarmente costituitosi in giudizio il Ministero della Salute per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli eccepiva l'infondatezza nel merito della domanda risarcitoria proposta da parte attrice. Discussa la causa, concessi i termini di cui all'art. 183, 6° comma c.p.c., ritenuti non essenziali ai fini della risoluzione della presente controversia i mezzi istruttori prospettati da parte attrice, ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza dell' 8 febbraio 2016, il Giudice introitava in decisione il procedimento con la concessione dei doppi termini di cui all'art. 190 c.p.c., salvo, poi, rimetterlo sul ruolo e fissare l'odierna udienza per chiarimenti nonché per la decisione a norma dell'art. 281 *sexies* c.p.c..

Preliminarmente all'esame del merito della domanda, risulta necessario procedere alla corretta individuazione dell'Autorità Giudiziaria all'uopo competente. Pertanto, in ossequio al generale principio secondo cui il riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo deve essere effettuato avuto conto del cd. "*petitum* sostanziale", ai fini della determinazione della giurisdizione si prescinde dalla prospettazione proposta da parte attrice. In particolare devesi ritenere che, in relazione alla presente controversia, la paventata responsabilità del Ministero convenuto non può essere rintracciata né nel disposto di cui all'art. 2049 c.c., considerando che non può ritenersi esistente alcun rapporto di dipendenza e/o di committenza tra il personale medico privato della Casa di Cura "V. S.". ed il Ministero della Salute, né nella previsione di cui all'art. 2050 c.c., visto che, seppur astrattamente rinvenibile lo svolgimento di una attività pericolosa nella produzione e commercializzazione delle protesi mammarie ad uso medico, tale pericolosità non può essere ricollegata all'attività di mera vigilanza e di direttiva svolta dal Ministero; sicché la responsabilità astrattamente attribuibile al convenuto Ministero devesi rintracciare nella violazione del principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., incentrandosi, secondo la prospettazione dell'istante, nella mancata vigilanza e controllo in materia di importazione e distribuzione delle protesi oggetto di causa,. Tanto considerato e così rinvenuta nel mancato rispetto dei comuni canoni di diligenza e prudenza integranti il precetto dell'art. 2043 c.c. la responsabilità del Ministero della Salute, chiamato, pertanto, a rispondere dei danni eventualmente cagionati dalla supposta omessa vigilanza, non può ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo. Difatti, vertendosi in tema di presunta inosservanza del Ministero delle regole integranti il precetto di cui all'art. 2043 c.c., deve essere devoluta al giudice ordinario in luogo del giudice amministrativo la domanda di risarcimento del danno eventualmente cagionato; in tali casi, invero, non può essere invocata la giurisdizione esclusiva del G.A., che concerne attività che comportano l'esercizio del potere amministrativo in senso stretto, mentre vengono qui in rilievo non tanto atti autoritativi dell'amministrazione, quanto attività soggette al generale rispetto del principio del *neminem laedere*. Di poi, come ribadito in più occasioni tanto dalla giurisprudenza civile che amministrativa, devono considerarsi rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario le questioni attinenti la tutela della salute pubblica di cui all'art. 32 Cost. ed il connesso obbligo di vigilanza e di

controllo, nonché di adozione di tutte le iniziative necessarie, da parte delle Autorità amministrative a ciò preposte (*ex multis*, C.d.S. sent. n. 2244/15 e sent. n. 2039/15). Ciò posto deve ritenersi superata ogni questione sulla, pur paventata, carenza di giurisdizione del Giudice adito. Di converso, al fine di correttamente statuire in ordine alla domanda di accertamento della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. e conseguente condanna al risarcimento dei danni che l'odierna attrice assume di aver subito, è necessario preliminarmente esaminare l'attività deduttiva al fine di individuare la condotta che viene concretamente addebitata al convenuto ente. Orbene in atto di citazione la parte assume che, in base all'art.17 del d.lgs. n.46 del 1997, il "Ministero della Salute e quello dello Sviluppo Economico …. avrebbero dovuto controllare la commercializzazione di "queste" protesi in qualità di organismi autorizzati ad effettuare in ogni momento controlli presso il produttore, i grossisti, gli importatori, i commercianti e gli utilizzatori con accesso nei luoghi di fabbricazione o con esame di laboratorio sui campioni, in assenza dei quali non poteva autorizzare la commercializzazione e la destinazione dei presidi" (cfr. capo 15 dell'atto di citazione); conclusivamente, assume la parte, "è compito del Ministero della Salute di vigilare ed autorizzare la commercializzazione di protesi e presidi medico-chirurgici attraverso controlli severi, continui e specifici a tutela della salute dei cittadini" (cfr. capo 16 dell'atto di citazione). Ciò premesso, l'attrice deduce che il convenuto Ministero per oltre 10 anni non avrebbe operato nessun controllo, "nonostante le numerose segnalazioni di rotture delle protesi *PIP* e di effetti secondari e nonostante già nel giugno 2000 la *Food and Drug Administration* avesse riscontrato a seguito di ispezione seri problemi nella produzione e nel sistema di qualità di fabbrica della società di *Seyne-su-Mer*, anche con riferimento a protesi saline" (cfr. capo 17 dell'atto di citazione). La parte sembra prefigurare un impianto normativo che imporrebbe al Ministero della Salute ed al Ministero dello Sviluppo Economico un obbligo di procedere in via diretta e preventiva (rispetto alla commercializzazione) all'esecuzione di continui ed accurati controlli volti a verificare ed accertare, anche a mezzo di esami di laboratorio, la non nocività, anche solo potenziale, dei presidi medici che si intenda commercializzare nel paese; tali controlli, peraltro, secondo l'assunto attoreo, dovrebbero proseguire con costanza anche nel corso della commercializzazione sulla base di un monitoraggio severo, continuo e specifico. Dopo aver delineato la condotta, di natura omissiva, che la S. imputa al convenuto Ministero, occorre svolgere qualche considerazione di carattere generale in tema di causalità omissiva. Orbene in tema di responsabilità civile, il problema della causalità omissiva postula l'individuazione dell'obbligo giuridico, specifico o generico, che impone la tenuta della condotta omessa, e non è possibile ricostruire la serie causale sulla base della almeno iniziale applicazione del principio della cosiddetta equivalenza condizionale ("*conditio sine qua non*"), senza domandarsi se tale oggettiva mancanza si ricolleghi all'esistenza in capo al soggetto asseritamente danneggiante di un obbligo, giuridico o specifico, di tenere la condotta che avrebbe determinato gli effetti di cui si constata la mancanza. La preliminare individuazione di siffatto obbligo deve precedere il momento di apprezzamento successivo della causalità omissiva, che, com'è noto, consiste nell'accertare se l'evento sia effettivamente ricollegabile in tutto od in parte all'omissione, nel senso che esso non si sarebbe verificato se l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli (e, dunque, anche escludendo il rilievo di concause che abbiano potuto rendere irrilevante l'omissione), con l'ulteriore avvertenza che l'evento dannoso dev'essere anche riconducibile alla tipologia di eventi che l'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa intendeva evitare (cfr. in tal senso Cass. sentenza n.2028 del 2006). L'indagine di questo Giudice dovrà, pertanto, preliminarmente procedere nel senso di verificare se dal sistema normativo richiamato dall'attrice nell'atto introduttivo derivi o meno l'obbligo giuridico, specifico o generico, che impone al convenuto Ministero della Salute la tenuta delle specifiche condotte che si assumono, dall'attrice, omesse, il tutto nei termini sopra delineati. A tal fine occorre richiamare brevemente la normativa, nazionale e comunitaria, vigente in materia di dispositivi medici. In Italia la regolazione della materia si è avuta con il d.lgs. n. 46 del 24 febbraio 1997, come emendato dal d.lgs. n. 37 del 25 gennaio 2010, il quale costituisce recepimento della normativa europea dettata in materia medico-sanitaria con Direttiva 93/42/CE. Mediante tale decreto, il legislatore è intervenuto ad identificare i requisiti essenziali e le caratteristiche necessarie affinché i dispositivi medici possano essere validamente messi in commercio su tutto il territorio dell'Unione Europea. L'art. 3, intitolato "Immissione in commercio e messa in servizio", così recita: " 1. I dispositivi possono essere immessi in commercio o messi in servizio unicamente se rispondono ai requisiti prescritti dal presente decreto, sono correttamente forniti e installati, sono oggetto di un'adeguata manutenzione e sono utilizzati in conformità della loro destinazione". A norma dell'art. 4, 1° comma (intitolato "Requisiti essenziali") "I dispositivi devono soddisfare i pertinenti requisiti essenziali prescritti nell'allegato I in considerazione della loro destinazione". Parimenti importante è quanto previsto dal primo comma dell'art. 5 (intitolato "Libera circolazione, dispositivi a destinazione particolare"), secondo cui " È consentita l'immissione in commercio e la messa in servizio, nel territorio italiano, dei dispositivi recanti la marcatura CE di cui all'articolo 16 e valutati in base all'articolo 11". La richiamata normativa prevede che i dispositivi siano

classificati, a seconda della loro pericolosità, in quattro diverse classi (I, IIa, IIb, e III) cui si fa corrispondere anche un differente regime in ordine alla loro immissione sul mercato. Stante l'espresso riferimento operato dalla regola 19 dell'Allegato IX del citato decreto, le protesi mammarie vengono fatte rientrare nella III categoria, in tal senso garantendo un più stringente controllo ai fini della commercializzazione di detti dispositivi, dovendosi applicare una differente e più rigorosa procedura di valutazione di conformità. In particolare il d.lgs. n. 46/97 prescrive che, in relazione ai dispositivi medici di classe superiore alla I, ai fini della messa in commercio del prodotto, è necessario non solo una dichiarazione di conformità effettuata dallo stesso fabbricante e con cui questi si assume la responsabilità giuridica della rispondenza del proprio prodotto agli standard qualitativi comunitari, ma anche una ulteriore certificazione CE rilasciata dai cd. Organismi notificati (cfr. art. 15 d.lgs. n. 46/97). Quest'ultimi sono soggetti, appositamente selezionati a seguito di procedure all'uopo disciplinate da ciascun Stato membro, cui l'Autorità pubblica devolve il compito di espletare le procedure di valutazione di conformità CE mediante la predisposizione di apposite indagini qualitative, test e verifiche in ordine alla qualità dei dispositivi medici. All'esito di tale attività di controllo e verifica spetta allo stesso Organismo notificato rilasciare la certificazione CE, ottenuta la quale il prodotto può essere liberamente importato ed esportato nel territorio dell'Unione Europea in virtù dei vigenti principi di libertà di circolazione delle merci, servizi e forniture. Pertanto, ai sensi della normativa vigente, i dispositivi medici fabbricati da aziende stabilite sul territorio europeo, valutati ai sensi dell'art. 11 del citato decreto e, conseguentemente, recanti la marcatura CE (art. 16), possono essere, stante la previsione di cui all'art. 5, liberamente immessi in commercio e messi in servizio nel territorio italiano. Orbene, risulta evidente, dalle disposizioni normative succintamente riportate, che i prodotti medici, tra cui rientrano a pieno titolo le protesi mammarie di cui trattasi, se legalmente ideati, progettati e prodotti in uno Stato membro dell'Unione Europea, una volta ricevuto il vaglio di conformità CE secondo le modalità prescritte dalla Direttiva e dalle legislazioni nazionali, possono essere commercializzati su tutto il territorio dell'Unione senza che all'uopo si renda necessaria alcuna ulteriore formalità da parte delle singole Autorità Nazionali preposte alla tutela della salute e dei consumatori. In tal senso la previsione di una delega ad appositi organismi notificati per la verifica e l'indagine della corrispondenza dei prodotti alla normativa comunitaria, deve essere letta proprio in vista di esonerare le singole Autorità Nazionali dalla predisposizione di ulteriori ed ultronei controlli che finiscano per sovrapporsi a quelli già effettuati dall'organismo individuato nel Paese ove il prodotto è stato fabbricato. Diversamente argomentando, inoltre, si finirebbe per introdurre un indebito ostacolo al libero commercio dei prodotti fabbricati e commercializzati in un Paese membro, a tutto svantaggio del principio del mutuo riconoscimento affermato da anni dalla giurisprudenza europea (si vedano, in proposito, i principi inaugurati con la sentenza *Cassis de Dijon*). In particolare, nel caso della *Poly Implants Prothese*, le protesi mammarie da questa prodotte ed oggetto dell'odierna controversia sono state certificate dall'Organismo notificato n. 0123, cioè il *TUV Product Service GMBH*, con sede a Monaco, in Germania, che ha rilasciato la certificazione CE seguendo la procedura espressamente prevista dall'allegato II del d.lgs. n. 46/97. Alla luce della normativa sopra richiamata, appare totalmente sconfessato l'impianto argomentativo articolato dalla parte in atto di citazione, secondo cui la commercializzazione in Italia di presidi sanitari, quali le protesi mammarie, doveva essere preventivamente "autorizzata" dal Ministero della Salute all'esito di propri controlli severi, continui e specifici indirizzati alla tutela della salute dei cittadini. Né tantomeno, può essere validamente invocato, in proposito, il disposto dell'art. 17 del citato d.lgs. n. 46 del 1997 il quale demanda espressamente al Ministero della salute ed al Ministero per lo Sviluppo Economico, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, la sorveglianza sull'applicazione delle prescrizioni contenute nel decreto nelle fasi di commercializzazione e di impiego dei dispositivi medici. Al fine di verificare la conformità dei prodotti alle leggi vigenti, infatti, si prevede che tali Amministrazioni abbiano la facoltà di disporre verifiche e controlli, anche con metodo a campione, presso il produttore, i depositi sussidiari del produttore, i grossisti, gli importatori, i commercianti o gli utilizzatori, al fine di scongiurare la possibilità di indebita marcatura CE. La previsione di un simile potere di controllo e di verifica riconosciuto alle Amministrazioni centrali non può fondare il supposto dovere di vigilanza sulla qualità di qualsiasi dispositivo medico validamente marchiato CE e commercializzato nel territorio italiano. Difatti la disposizione in parola, lungi dall'imporre un simile onere, è volta ad attribuire ulteriori poteri al Ministero competente che, laddove ravvisi la necessità, emersa in fase di commercializzazione del prodotto, di ulteriori e diverse verifiche, ben ha il potere di disporle direttamente o per il tramite di organismi autorizzati. Si tratta, in altre parole, di una generalizzata potestà di sorveglianza sui prodotti immessi nel territorio italiano che non può tradursi in un dovere di vigilanza che si sovrapponga, preventivamente alla commercializzazione, ai meccanismi delineati dallo stesso decreto al fine della conformità ai sensi del diritto eurounitario; tanto più che la facoltà di agire mediante l'utilizzo dei poteri di cui all'art. 17, si pone in un momento successivo rispetto alla valutazione di conformità del dispositivo medico, e cioè al momento della commercializzazione dello stesso, tale

che devesi ragionevolmente supporre che l'attivazione di simili poteri risulti strettamente collegata alla verificazione di incidenti e/o all'emersione di effetti collaterali particolarmente gravi, tali da fondare la necessità e l'urgenza di ulteriori controlli da parte del Ministero competente. Conclusivamente deve escludersi che tale norma imponga al Ministero della Salute l'esecuzione diretta, sia in via preventiva che in costanza di commercializzazione, di controlli volti ad accertare la nocività, anche solo potenziale, dei presidi sanitari che si palesino rispettosi dei requisiti di immissione sul mercato sopra delineati. Peraltro l'art. 9 del decreto espressamente disciplina l'esercizio del potere di vigilanza del Ministero della Salute a fronte della segnalazione, proveniente da strutture sanitarie private e pubbliche, di incidenti verificatisi dopo l'immissione in commercio. Parimenti indimostrato appare l'assunto attoreo laddove assume l'inerzia del convenuto Ministero nell'attivazione dei poteri di verifica e controllo, pur normativamente previsti, a fronte della segnalazione di rotture delle protesi e/o possibili effetti secondari alle stesse riconducibili sul piano causale (cfr. capo 17 dell'atto di citazione); ed invero il richiamo ad eventuali riscontri e rilievi ispettivi effettuati dalla *Food and Drug Administration* nel giugno 2000 appare, oltreché assolutamente generico e privo di qualsivoglia indicazione finanche delle problematiche rilevate, totalmente privo di supporto probatorio. Tanto premesso, ai sensi della normativa vigente tanto in ambito nazionale che europeo, non sembrerebbe potersi imputare al Ministero della salute la mancata vigilanza sull'importazione e conseguente commercializzazione sul territorio italiano delle protesi *P.I.P.,* regolarmente recanti vaglio di conformità CE. La ricostruzione della normativa in materia di commercio e circolazione dei dispositivi medici e, per ciò che precipuamente interessa, delle protesi mammarie, consente di escludere che sia attualmente vigente nell'ordinamento nazionale un obbligo in capo al convenuto Ministero della Salute di verifica successiva e ulteriore dei prodotti recanti marchio CE e validamente importati nel territorio italiano, essendo, tutt'al più prevista la mera facoltà di attivazione di procedure di vigilanza e controllo una volta avvenuta la messa in commercio del dispositivo, a fronte della segnalazione di specifiche problematiche ovvero a mezzo di controlli a campione. Tale che devesi escludere la sussistenza, alla luce delle condotte contestate in citazione, della responsabilità dell'Autorità pubblica odierna convenuta in ordine all'avvenuta importazione, commercializzazione ed impianto sulla paziente delle protesi in silicone prodotte e commercializzate dall'azienda francese *Poly Implants Prothese* e dotate di valida certificazione CE rilasciata da apposito Organismo notificato *TUV Product Service GMBH*, con sede in Germania, la cui mancata corrispondenza agli standard qualitativi imposti dall'Unione Europea è emersa solo a seguito di indagini delle competenti autorità francesi nel 2010. In sintesi non è possibile rintracciare disposizione alcuna che imponga al Ministero della salute l'onere di effettuare un ulteriore controllo dei prodotti con marchio CE prima di immetterli sul mercato italiano (onere che, invero, costituirebbe un indebito restringimento del libero mercato, principio cardine dell'Unione Europea); inoltre il difetto di prova in ordine all'esistenza di rituali segnalazioni ed episodi tale da rendere necessaria l'attivazione delle speciali facoltà di cui agli artt. 9 e 17 del d.lgs. n. 46 del 1997, consente di escludere la sussistenza della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. del convenuto Dicastero laddove incentrata sulla colpevole mancata attivazione di detti poteri. Per i motivi che precedono la domanda dell'attrice, sig.ra S. F., volta a veder dichiarata la responsabilità del Ministero della Salute e la conseguente condanna dello stesso al risarcimento dei danni da essa paventati non può essere accolta. Le spese di lite seguono la soccombenza dell'attrice e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

(Omissis)

Nota a sentenza (in breve)

sommario

Premessa. – **1.** La vicenda. – **2.** La cornice normativa di riferimento. – **3.** In relazione all'art. 17 del d.lgs. n. 46/1997. – **4.** Profili di responsabilità extracontrattuale – Analisi *ex* artt. 2043, 2049 e 2050 c.c. – **5.** Conclusioni.

Premessa

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Napoli, VIII sezione civile, si è pronunciato in ordine alla sussistenza dell'obbligo di controllo e vigilanza del Ministero della Salute in relazione all'importazione e alla commercializzazione nel territorio italiano di prodotti recanti il marchio CE. Precisamente, nel caso di specie, il Giudice si è pronunciato sull'importazione e commercializzazione delle protesi mammarie di tipo *P.I.P.* (fabbricate e commercializzate in Francia dalla *Poly Implant Prothese*) recanti marchio CE e sull'esistenza o meno di un obbligo da parte del Ministero della Salute di un controllo successivo ed ulteriore rispetto a quello già effettuato dall'Organismo di controllo (nel caso *de quo* il *TUV Product Service GMBH* con sede in Germania) sui prodotti validamente importati nel territorio italiano.

1. La vicenda

Il giudizio instaurato da parte attrice S. F., con atto di citazione ritualmente notificato al Ministero della Salute in data 16.04.2013, a comparire dinanzi il Tribunale civile di Napoli, assumendo di essersi sottoposta, nel 2001, presso la Casa di Cura "V. S." s.p.a. ad un intervento di mastoplastica additiva nell'ambi-

to del quale le venivano impiantate protesi del tipo *P.I.P. - Poly Implant Prothese* (rispettivamente lotto n. 27.500 con numero di serie 195 e lotto n. 19.000 con numero di serie 128), regolarmente prodotte e commercializzate in Francia.

Nel 2010 le competenti autorità francesi, a seguito di indagini effettuate presso l'azienda produttrice delle protesi *P.I.P.*, rendevano noto che i materiali utilizzati per la produzione delle stesse non risultavano rispondenti ai canoni qualitativi necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione CE per la commercializzazione del prodotto e che, anzi, le protesi contenevano sostanze altamente dannose per l'uomo ed incompatibili con l'utilizzo nell'ambito medico. Pertanto, il Ministero della Salute francese, prima, ed il suo omologo italiano, poi, ordinavano la rimozione dal mercato ed il conseguente divieto di utilizzo delle protesi mammarie in silicone prodotte dall'azienda *Poly Implant Prothese*. In particolare, con circolare del 1 aprile 2010, il Ministero della Salute italiano invitava gli operatori sanitari a richiamare le pazienti cui erano state impiantate le protesi *P.I.P.*, affinché fossero sottoposte a visita clinico-diagnostica ed effettuassero un *follow up* ravvicinato.

L'istante sig.ra S. F., dunque, in stato di forte apprensione per la propria salute, pur senza palesare alcuna necessità clinica in tal senso, decideva di sottoporsi autonomamente, in data 24 maggio 2011, all'intervento di espianto e sostituzione delle protesi mammarie, effettuato presso l'Ospedale F. di Napoli per un costo di euro 5.107,80.

Su tale premessa, parte attorea chiedeva all'Ill.mo Tribunale adito di accertare la responsabilità del Ministero della Salute in ordine alla mancata vigilanza sulla importazione nel territorio dello Stato di protesi mammarie di tipo *P.I.P.* (fabbricate e commercializzate in Francia dalla *Poly Implant Prothese*), sottolineando anche la sussistenza di danni morali ed esistenziali, chiedendo, dunque, che il citato Ministero della Salute, su cui graverebbero oneri di vigilanza e controllo in materia di importazione e distribuzione dei prodotti provenienti dall'estero, risponda ai sensi degli artt. 2043, 2050 e 2049 c.c. dei danni cagionati dall'utilizzo delle protesi *P.I.P.* e sia, conseguentemente, condannato al ristoro economico degli stessi.

Il Ministero della Salute regolarmente costituito per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato eccepiva l'infondatezza nel merito della domanda risarcitoria proposta da parte attrice.

Discussa la causa, concessi i termini di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c., ritenuti non essenziali ai fini della risoluzione della presente controversia i mezzi istruttori prospettati da parte attrice, ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza dell' 8 febbraio 2016, il Giudice introitava in decisione il procedimento con la concessione dei doppi termini di cui all'art. 190 c.p.c., salvo, poi, rimetterlo sul ruolo e fissare udienza per chiarimenti nonché per la decisione a norma dell'art. 281-*sexies* c.p.c.

2. La cornice normativa di riferimento

La sentenza oggetto dell'attuale commento – superata preliminarmente ogni questione sulla paventata carenza di giurisdizione del Giudice adito, vertendosi in tema di presunta inosservanza del Ministero delle regole integranti il precetto di cui all'art. 2043 c.c., deve essere devoluta al giudice ordinario in luogo del giudice amministrativo, la domanda di risarcimento del danno eventualmente cagionato (in tali casi non può essere invocata la giurisdizione esclusiva del G.A., che concerne attività che comportano l'esercizio del potere amministrativo in senso stretto, mentre vengono qui in rilievo non tanto atti autoritativi dell'amministrazione, quanto attività soggette al generale rispetto del principio del *neminem laedere*) – affronta la problematica inerente l'importazione e la commercializzazione all'interno del territorio italiano di prodotti recanti il marchio CE e sulla valutazione della sussistenza nell'ordinamento giuridico italiano di un sistema normativo da cui derivi un obbligo giuridico del Ministro della Salute di effettuare un controllo su tali prodotti.

Le protesi mammarie sono comunemente riconosciute come dispositivi medici ed in quanto tali sono regolamentate dal decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 46, emendato dal d.lgs. n. 37 del 25 gennaio 2010, in attuazione della Direttiva Europea 93/42/CE. Mediante tale decreto, il legislatore è intervenuto ad identificare i requisiti essenziali e le caratteristiche necessarie affinché i dispositivi medici possano essere validamente messi in commercio su tutto il territorio dell'Unione Europea.

In generale, i dispositivi medici sono raggruppati, in funzione della loro complessità e del potenziale rischio per il paziente, in quattro classi: I, IIa, IIb, III. La classificazione dipende dalla destinazione d'uso indicata dal fabbricante e va attribuita consultando le regole di classificazione riportate nell'Allegato IX del Decreto 46/1997. Essa tiene conto dell'invasività del dispositivo, della sua dipendenza da una fonte di energia (dispositivo attivo) e della durata del tempo di contatto con il corpo[1].

[1] L'art. 3 del d.lgs. n. 46/1997 intitolato "Immissione in commercio e messa in servizio", recita: "1. I dispositivi possono essere immessi in commercio o messi in servizio unicamente se rispondono ai requisiti prescritti dal presente decreto, sono correttamente forniti e installati, sono oggetto di un'adeguata manutenzione e sono utilizzati in conformità della loro destinazione". A norma dell'art. 4, 1° comma (intitolato "Requisiti essenziali") "I dispositivi devono soddisfare i pertinenti requisiti essenziali prescritti nell'allegato I in considerazione della loro destinazione". Parimenti importante è quanto previsto dal primo comma dell'art. 5 (intitolato "Libera circolazione, dispositivi a destinazione particolare"), secondo cui "È consentita l'immissione in commercio e la messa in servizio, nel territorio italiano, dei dispositivi recanti

Le protesi mammarie, in quanto dispositivi invasivi perché destinate a penetrare nel corpo ed a lungo termine poiché persistenti nel paziente per un tempo superiore a 30 giorni, vengono inquadrate come dispositivi medici di classe III. Esse appartengono, pertanto, alla classe di rischio più alta per la quale è previsto che l'Organismo Notificato, prima di rilasciare la certificazione CE, e quindi prima della immissione sul mercato, valuti con particolare attenzione la progettazione, qualità e produzione.

Il d.lgs. n. 46/97 prescrive che, in relazione ai dispositivi medici di classe superiore alla I, ai fini della messa in commercio del prodotto, è necessario non solo una dichiarazione di conformità effettuata dallo stesso fabbricante e con cui questi si assume la responsabilità giuridica della rispondenza del proprio prodotto agli *standard* qualitativi comunitari, ma anche una ulteriore certificazione CE rilasciata dai cd. Organismi notificati (cfr. art. 15 d. lgs. n. 46/97).

L'Organismo Notificato (*Notified Body*) è un Organismo di certificazione o Ente di Certificazione o Laboratorio di Prova autorizzato dall'Autorità Governativa Nazionale e notificato alla Commissione Europea, per attuare i compiti legati alla applicazione delle procedure europee di conformità di prodotti e servizi. Il compito istituzionale degli Organismi Notificati è quello di valutare la conformità di prodotti e servizi alle condizioni fissate dalle Direttive Europee, per conto degli operatori economici, con competenza, trasparenza, neutralità, indipendenza. La designazione degli Organismi Notificati da parte delle Autorità Governative Nazionali avviene sulla base di comuni criteri di competenza tecnica, integrità professionale, indipendenza, affidabilità, capacità organizzativa, rispetto della normativa europea vigente per gli Organismi Notificati (norma UNI CEI EN ISO/IEC 17021). Questi ultimi sono soggetti, appositamente selezionati a seguito di procedure all'uopo disciplinate da ciascun Stato membro, cui l'Autorità pubblica devolve il compito di espletare le procedure di valutazione di conformità CE mediante la predisposizione di apposite indagini qualitative, test e verifiche in ordine alla qualità dei dispositivi medici.

All'esito di tale attività di controllo e verifica spetta allo stesso Organismo notificato rilasciare la certificazione CE, ottenuta la quale il prodotto può essere liberamente importato ed esportato nel territorio dell'Unione Europea in virtù dei vigenti principi di libertà di circolazione delle merci, servizi e forniture.

Sul punto appare utile evidenziare (si scuserà la digressione) che la Corte di Giustizia Europea verrà chiamata a pronunciarsi sul ruolo degli Organismi notificati comunitari e su un possibile profilo di diretta responsabilità degli stessi nei confronti del cittadino.

la marcatura CE di cui all'articolo 16 e valutati in base all'articolo 11".

Il rinvio alla Corte di Giustizia è avvenuto da parte di un tribunale tedesco nell'ambito di una causa di risarcimento danno per le protesi mammarie PIP. Da uno di questi casi nasce il rinvio, ove una delle donne sottoposte a re-intervento di sostituzione della protesi – rotta decide di presentare ricorso direttamente contro l'Organismo notificato (essendo nel frattempo la Poly Implant Prothèse fallita e sottoposta a vari processi in vari paesi membri) chiedendo €. 40.000 per il danno subito. I tribunali di primo e secondo grado respingono il ricorso[2] sostenendo che l'Organismo notificato aveva solo l'obbligo controllare il processo di produzione e che non poteva essere tenuto a controllare puntualmente i materiali utilizzati.

La donna decide di ricorrere alla Corte federale di giustizia tedesca (la nostra Corte di Cassazione) la quale con decisione 9 aprile 2015 ha deciso di rinviare la questione in Corte di Giustizia Europea[3] (causa n. VII ZR 36/14).

La portata dei quesiti posti dal giudice tedesco alla Corte di Giustizia è rilevante. Ove infatti venisse accolta la prospettazione *testé* raffigurata la funzione e al responsabilità degli Organismi Notificati cambierebbe totalmente: gli stessi infatti diventerebbero garanti nei confronti dei pazienti non del processo ma del risultato finale, passando in questo modo da una obbligazione di mezzi ad una obbligazione di risultato e potendo essere chiamati direttamente dai pazienti a risarcire i danni subiti dagli stessi a causa del dispositivo medico.

Pertanto, ai sensi della normativa vigente, i dispositivi medici fabbricati da aziende stabilite sul territorio europeo, valutati ai sensi dell'art. 11 del citato decreto e, conseguentemente, recanti la marcatura CE (art. 16), possono essere, stante la previsione di cui all'art. 5, liberamente immessi in commercio e messi in servizio nel territorio italiano.

Dalle disposizioni normative *testè* riportate, si evince che i dispositivi medici, tra cui rientrano a pieno titolo le protesi mammarie di cui trattasi, se legalmente ideati, progettati e prodotti in uno Stato membro dell'Unione Europea, una volta ricevuto il vaglio di conformità CE secondo le modalità prescritte dalla Direttiva e dalle legislazioni nazionali, possono essere commercializzati su tutto il territorio dell' Unione

[2] Oberlandesgericht – sentenza del 30 gennaio 2014, n. 4 U 66/13.

[3] Corte di Giustizia Europea – causa n. VII ZR 36/14 – Più esattamente i giudici chiedono alla Corte di chiarire i seguenti quesiti: a) se il senso della dir 93/42/CEE sia quello di attribuire all'Organismo Notificato un incarico finalizzato anche alla protezione dei pazienti da cui può discendere una diretta responsabilità dell'organismo stesso nei confronti di questi ultimi; b) se la direttiva sia da interpretarsi che senso che impone all'Organismo notificato un obbligo di ispezionare in maniera più puntuale i dispositivi a più alto rischio che potevano concretizzarsi anche in ispezioni senza preavviso; c) se la direttiva sia da interpretarsi che senso che impone all'organismo notificato anche un obbligo di controllo sui documenti aziendali.

senza che all'uopo si renda necessaria alcuna ulteriore formalità da parte delle singole Autorità Nazionali preposte alla tutela della salute e dei consumatori.

Ne consegue che, la previsione di una delega ad appositi Organismi notificati per la verifica e l'indagine della corrispondenza dei prodotti alla normativa comunitaria, deve essere letta proprio in vista di esonerare le singole Autorità Nazionali dalla predisposizione di ulteriori e successivi controlli che finiscano per sovrapporsi a quelli già effettuati dall'organismo individuato nel Paese ove il prodotto è stato fabbricato.

Le protesi mammarie prodotte dalla *Poly Implants Prothese* sono state certificate dall'Organismo notificato n. 0123, cioè il *TUV Product Service GMBH*, con sede a Monaco, in Germania, che ha rilasciato la certificazione CE seguendo la procedura espressamente prevista dall'allegato II del D.lgs. n. 46/97.

Alla luce della normativa ivi sopra richiamata emerge l'infondatezza della tesi secondo cui la commercializzazione in Italia di presidi sanitari, quali le protesi mammarie, doveva essere preventivamente "autorizzata" dal Ministero della Salute all'esito di propri controlli severi, continui e specifici indirizzati alla tutela della salute dei cittadini, non essendovi l'obbligo di un controllo ulteriore e successivo a quello già svolto dagli Organi dell'UE.

Anche se non è del tutto condivisibile l'assunto che diversamente, si creerebbe un ostacolo alla libera circolazione delle merci all'interno del territorio dell'UE, poiché tra tutela della salute e libertà di circolazione (ed i suoi ostacoli) deve, necessariamente esservi la primazia della prima in danno alla seconda.

3. In relazione all'art. 17 del d.lgs. n. 46/1997

L'art. 17 del d.lgs. n. 46 del 1997 prevede che il Ministero della Salute e il Ministero per lo Sviluppo Economico, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, il compito di sorvegliare sull'applicazione delle prescrizioni contenute nel decreto nelle fasi di commercializzazione e di impiego dei dispositivi medici, nel caso di specie non trova applicazione.

Difatti, tale disposizione prevede un potere di vigilanza e di controllo alle Amministrazioni centrali che non deve intendersi da effettuare su qualsiasi dispositivo medico validamente marchiato CE e commercializzato nel territorio italiano, bensì la norma è volta ad attribuire ulteriori poteri al Ministero competente che, solo laddove ravvisi la necessità, emersa in fase di commercializzazione del prodotto, di ulteriori e diverse verifiche, ben ha il potere di disporle direttamente o per il tramite di organismi autorizzati.

La facoltà di agire mediante l'utilizzo dei poteri di cui all'art. 17, si pone in un momento successivo rispetto alla valutazione di conformità del dispositivo medico, e cioè al momento della commercializzazione dello stesso, tale che devesi ragionevolmente supporre che l'attivazione di simili poteri risulti strettamente collegata alla verificazione di incidenti e/o all'emersione di effetti collaterali particolarmente gravi, tali da fondare la necessità e l'urgenza di ulteriori controlli da parte del Ministero competente.

Conclusivamente deve escludersi che tale norma imponga al Ministero della Salute l'esecuzione diretta, sia in via preventiva che in costanza di commercializzazione, di controlli volti ad accertare la nocività, anche solo potenziale, dei presidi sanitari che si palesino rispettosi dei requisiti di immissione sul mercato sopra delineati. Peraltro l'art. 9 del decreto espressamente disciplina l'esercizio del potere di vigilanza del Ministero della Salute a fronte della segnalazione, proveniente da strutture sanitarie private e pubbliche, di incidenti verificatisi dopo l'immissione in commercio.

4. Profili di responsabilità extracontrattuale – Analisi *ex* artt. 2043, 2049 e 2050 c.c.

La responsabilità extracontrattuale è la soggezione alle sanzioni dell'illecito civile[4]. Precisamente, la responsabilità extracontrattuale, anche detta "aquiliana" (dal nome della legge romana che disciplinò per prima la responsabilità *ex delicto*), è quella che consegue allorché un soggetto viola non già un dovere specifico, derivante da un preesistente rapporto obbligatorio (nel qual caso si configurerebbe responsabilità "contrattuale"), bensì un dovere generico che, solitamente, è indicato dalla dottrina col brocardo "*neminem laedere*".

Il principio della responsabilità extracontrattuale è sancito dall'art. 2043 c.c.[5], norma di portata generale che identifica gli elementi costitutivi della generale figura dell'illecito civile: 1) il fatto; 2) il dolo e la colpa; 3) il danno ingiusto; 4) il nesso di casualità tra il fatto e il danno.

Accanto alla figura generale dell'illecito si pongono figure speciali di illecito, caratterizzate dalla particolarità del fatto lesivo, in quanto compiuto nell'ambito di una determinata attività, o dalla particolarità del mezzo dannoso, o dalla particolarità del rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto.

In relazione alle speciali figure di illecito si differenzia l'incidenza della colpa, potendosi distinguere tra illeciti che prescindono dalla colpa (responsabilità oggettiva) ed illeciti in cui la colpa è presunta (responsabilità aggravata).

La qualifica normativa del fatto come illecito implica la violazione di una norma giuridica, e precisamente la violazione di una norma sanzionata principalmente dall'obbligo del risarcimento del danno.

Data la genericità dell'espressione, la disposizione citata è considerata dalla dottrina[6] una sorta di clausola

[4] C.M. Bianca, *Diritto Civile, Volume 5, La responsabilità* – Cap. XIII "Responsabilità extracontrattuale" – Giuffrè Milano.

[5] Art. 2043, c.c.: "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga a colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

[6] C. M. Bianca, *Diritto Civile, Volume 5, La responsabilità*, Op.

generale dell'ordinamento, realizzata attraverso la c.d. atipicità dell'illecito civile. Sarà l'autorità giudiziaria, infatti, a decidere se, tenuto conto del divenire della società, con le sue mutevoli scale di valori ed esigenze, un dato comportamento può ritenersi lesivo o meno della regola base di convivenza pacifica appena vista, verificando, altresì, la sussistenza di tutti gli elementi strutturali individuati dall'art. 2043 c.c.

Dal dettato letterale della norma, infatti, emergono gli elementi fondamentali per far sorgere la responsabilità extracontrattuale, ossia: il fatto illecito, il danno ingiusto, il nesso di causalità (giuridica e materiale) tra il fatto e il danno, la colpevolezza dell'agente e l'imputabilità del fatto lesivo.

Al ricorrere di ogni requisito legale, spetterà sempre al giudice quantificare l'ammontare dovuto, considerato che l'art. 2059 c.c. legittima il danneggiato a pretendere il risarcimento delle conseguenze negative, anche di tipo non patrimoniale.

Nel giudizio in commento, parte attrice S. F. chiede l'accertamento ed il riconoscimento di danni morali ed esistenziali, chiede, dunque, che il Ministero della Salute - su cui graverebbero oneri di vigilanza e controllo in materia di importazione e distribuzione dei prodotti provenienti dall'estero - risponda ai sensi degli artt. 2043, 2050 e 2049 c.c. dei danni cagionati dall'utilizzo delle protesi *P.I.P.* e sia, conseguentemente, condannato al ristoro economico degli stessi.

In relazione alle forme speciali di responsabilità extracontrattuale, l'attore S. F. evidenzia una responsabilità del Ministero della Salute in violazione degli artt. 2049 c.c. e 2050 c.c.

Dalla lettura dell'art. 2049 c.c.[7] si evince che il rapporto institorio, o di preposizione, importa una responsabilità rigorosa da parte del padrone o committente del fatto illecito (doloso o colposo) commesso dal dipendente, configurandosi in tal modo una responsabilità cd. indiretta, priva dell'ammissibilità della prova da parte del padrone/committente di non aver potuto impedire il fatto dannoso.

Il principio più consono ad attribuire a tale norma si fonda sul principio della *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando.* Precisamente, trova applicazione l'articolo ivi sopra richiamato qualora sussista un rapporto di dipendenza o di committenza tra colui che commetta il fatto illecito e colui che l'ha commissionato. Difatti, la dottrina[8] rinviene il fondamento di tale responsabilità nel rapporto di preposizione e supremazia gerarchica che sussiste tra i soggetti considerati: il datore di lavoro è tenuto, infatti, a esercitare a pieno il suo potere-dovere di direzione e controllo sull'attività cui è adibito il dipendente, senza potersi giovare, peraltro, di alcuna prova liberatoria. Al fine di mitigare suddetto regime, particolarmente rigido, la giurisprudenza [9] ha enucleato un ulteriore requisito che deve essere soddisfatto, per aversi l'imputabilità del datore di lavoro: l'indefettibile esistenza di un nesso c.d. "di necessaria occasionalità" tra le mansioni espletate ed il fatto dannoso.

Nel caso di specie, riteniamo correttamente il Tribunale di Napoli ha ritenuto non sussistente una responsabilità del Ministero della Salute *ex* art. 2049 c.c., in quanto non sussiste alcun rapporto di dipendenza e/o di committenza tra il personale medico privato della Casa di Cura "V. S" ed il Ministero della Salute.

Altra norma di carattere speciale, nonché residuale, è quella che configura la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c.[10] .

Con "*attività pericolose*" la giurisprudenza praticamente unanime intende, in modo piuttosto ampio, non solo quelle qualificate pericolose dal Testo Unico di Pubblica Sicurezza[11] o da altre leggi speciali, ma più in generale anche quelle che comportano la rilevante possibilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura e per le caratteristiche dei messi usati, la cui suddetta oggettiva pericolosità ha una potenzialità lesiva – rilevabile attraverso dati statistici, elementi tecnici e di comune esperienza – notevolmente superiore al normale[12].

L'art. 2050 c.c. predispone che il soggetto compia e predisponga nel tempo adeguate misure di prevenzione alle attività ritenute pericolose, tale da costituire il parametro di commisurazione della diligenza dovuta, elemento che differenzia tale responsabilità da quella prevista ai sensi dell'art. 2051 c.c. che sottintende un evento lesivo derivante da una inadeguata custodia della cosa.

La presunzione di responsabilità a carico di chi esercita una attività pericolosa opera anche nei confronti della P.A. e degli enti pubblici. Se l'attività pericolosa è esercitata da un ente collettivo, la presunzione investe anche la persona fisica che materialmente la svolge.

cit.

[7] Art. 2049 c.c.: "i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti".

[8] Bielli, *La responsabilità dei padroni e dei committenti per fatto illecito in Alpa e Bessone*; Scognamiglio, *Responsabilità per fatto altrui,* in NDI – XV, 690.

[9] Cassazione civile, 10 ottobre 2014, n. 21408.

[10] L'art. 2050 c.c. dispone: "chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

[11] Regio Decreto 18.06.31, n. 773, "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

[12] In questi termini, cfr. Cass. civ., sez. III, 06 aprile 2006, n. 8095, in *Resp. Civ.,*2006, 7, 662, con nota di Facci; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2006, 1755, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass. civ., sez. III, 21 ottobre 2005, n. 20359, in *Mass. Giur. It.,*2005; Cass. Civ., sez. III, 21 ottobre 2005, n. 20357, *op. cit.*; Cass. civ., sez. III, 27 maggio 2005, n. 11275, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2004, n. 20334, in *Foro It.*, 2005, 1, 1794; Cass. civ., sez. III, 26 aprile 2004, n. 7916, *op. cit.*

Presupposto ineliminabile è l'accertamento del nesso causale tra l'attività pericolosa ed il danno subito, la cui prova è a carico del danneggiato, non potendo essere attribuito al soggetto agente un evento ad esso non riconducibile deve in sostanza esistere una relazione diretta tra danno e rischio specifico dell'attività pericolosa o dei mezzi adoperati, giacché, diversamente, il danno cagionato può essere riconosciuto solo in base al criterio generale dell'art. 2043, c.c., sempre ne ricorrano i presupposti di applicazione. Il nesso di causalità deve essere "*adeguato*", ovvero è necessario che tra l'antecedente (esercizio dell'attività pericolosa) e le conseguenze (danno) vi sia un rapporto di sequenza "*costante*", secondo un calcolo di regolarità statistica per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente.

Tuttavia, al caso di specie, la previsione di applicazione di tale diposizione non trova fondamento, in quanto seppur astrattamente rinvenibile lo svolgimento di una attività pericolosa nella produzione e commercializzazione delle protesi mammarie ad uso medico[13], tale pericolosità non può essere ricollegata all'attività di mera vigilanza e di direttiva svolta dal Ministero della Salute.

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni espletate, la sentenza del Tribunale di Napoli oggetto del presente commento conclude nell'escludere la responsabilità del Ministero della Salute in relazione alle protesi mammarie P.I.P., sia nell'ottica dell'assenza dell'obbligo di vigilanza e di controllo sulla commercializzazione ed immissione di prodotti all'interno del territorio italiano, sia alla luce dell'assenza di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., e degli artt. 2049 e 2050 c.c.

Appare condivisibile il ragionamento espletato dal Giudicante secondo cui non occorre un ulteriore controllo da parte del Ministero della Salute sui prodotti che sono già stati oggetto di una regolare verifica effettuata da altri Organismi, come nel caso delle protesi mammarie P.I.P. recanti marchio C.E. e preventivamente controllate dall'Organismo dell'U.E., in quanto un controllo successivo da parte del Ministero potrebbe addirittura violare le regole della libera circolazione delle merci nel mercato del lavoro. Tali considerazioni si fondano sulle disposizioni previste dal d.lgs. del 24 febbraio 1997, n. 46, attuativo della Direttiva Europea 93/42/CE.

Infine, il Tribunale conclude che il difetto di prova in ordine all'esistenza di rituali segnalazioni ed episodi tale da rendere necessaria l'attivazione delle speciali facoltà di cui agli artt. 9 e 17 del d.lgs. n. 46 del 1997, consente di escludere la sussistenza della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. del convenuto Dicastero laddove incentrata sulla colpevole mancata attivazione di detti poteri, né, tantomeno, è ravvisabile una responsabilità ai sensi dell'art. 2049 c.c., per inesistenza del rapporto di dipendenza/committenza tra dipendenti della V. S. S.p.A. e il Ministero della Salute, né una responsabilità *ex* art. 2050 c.c., non essendovi collegamento tra l'eventuale pericolosità delle protesi mammarie P.I.P e il preventivo controllo del Dicastero convenuto.

Ovviamente tutto ciò dal punto di vista del diritto positivo appare condivisibile, ma tra le tante riforme che il legislatore nazionale propone di questi tempi (molte delle quali inutili se non addirittura dannose), sarebbe interessante seguire il ragionamento della Corte federale di giustizia tedesca (Corte di ultima istanza nel sistema tedesco della giustizia ordinaria) che, come detto, ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia, ove ai fini di un maggior controllo sulla salute dei cittadini venga riconosciuto agli Organi notificati una specifica funzione di garanzia nei confronti dei pazienti.

[13] La prevalente opinione (cfr: Cattaneo in *La responsabilità medica*, Milano) esclude dal novero delle attività pericolose gli interventi medico-chirurgici, ma la soluzione contraria deve ammettersi quando siano utilizzati strumenti dotati di intrinseca pericolosità (come ad esempio quelli radioattivi). Pericolosa va, altresì, qualificata la sperimentazione umana (cfr: Bellelli, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova).

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

Cartelle di pagamento e termine di prescrizione: il credito si prescrive in cinque anni anche se la cartella è tardivamente impugnata.
Nota a Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2016, n. 23397

abstract

Examined in the judgment, the Supreme Court (United Sections) solves the old question on the prescription of State claims (payment requests), and stipulates that no appeal due to the fact that the credit is final. The prescription, however, remains of five years. This principle applies to all state revenue, fiscal and otherwise.

keywords

Tax bill – No appeal – Prescription.

abstract

Nella pronuncia in commento, le Sezioni Unite della suprema Corte offrono finalmente soluzione all'annosa questione in merito alla prescrizione dei crediti erariali, stabilendo che la mancata impugnazione dell'atto con cui l'Amministrazione intende procedere alla riscossione, determina quale unica conseguenza l'irretrattabilità del credito, ma non anche la conversione del termine di prescrizione da breve e decennale. Il principio – stabilito, nel caso di specie, in tema di contributi dovuto all'Istituto nazionale della previdenza sociale – si estende, in realtà, a tutte le entrate erariali, a prescindere dalla natura tributaria (o meno) delle stesse.

parole chiave

Cartelle di pagamento – Mancata impugnazione – Prescrizione.

Imposte e tasse – Atto di riscossione – Mancata impugnazione – Prescrizione – Termine.

La scadenza del termine perentorio stabilito per opporsi o per impugnare un atto di riscossione mediante ruolo, o comunque di riscossione coattiva di un credito, produce l'irretrattabilità del credito stesso, ma non anche la conversione del suo termine prescrizionale breve, se previsto, in quello ordinario decennale, operante, invece, ex art. 2953 c.c., solo ove intervenga un titolo giudiziale definitivo.

Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2016, n. 23397
Pres. Rordorf - est. Tria

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

Con sentenza del 28 ottobre 2009 il Tribunale di Catania dichiarò inammissibile per tardività – in quanto proposta oltre il termine di quaranta giorni dalla notifica di cui al d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, art. 24, comma 5 – l'opposizione all'esecuzione di A.M. avverso l'intimazione di pagamento relativa a cartella esattoriale notificatagli il 31 agosto 2001 per omesso pagamento di contributi previdenziali della gestione commercianti INPS negli anni 1993, 1995, 1996 e 1998. La Corte di appello di Catania, con la sentenza attualmente impugnata, ha riformato tale decisione dichiarando prescritto il credito vantato dall'INPS con la cartella di pagamento suddetta.

A tale conclusione la Corte territoriale è pervenuta sulla base dei seguenti principali rilievi:

a) l'appellante sostiene che, diversamente da quanto affermato dal primo giudice – che ha considerato l'opposizione inammissibile perché proposta oltre il termine perentorio di quaranta giorni dalla notifica, di cui al d.lgs. n. 46 del 1999, art. 24, comma 5, – la domanda azionata deve essere qualificata come opposizione all'esecuzione, proponibile senza limiti di tempo ai sensi dell'art. 615 c.p.c., avendo con essa l'interessato fatto valere un atto estintivo successivo alla notifica del titolo, consistente nella sopravvenuta prescrizione del credito;
b) infatti, anche a voler considerare valida la notifica della cartella di pagamento (avvenuta il 31 agosto 2001) – superando la tesi dell'appellante secondo cui il titolo esecutivo costituito dalla cartella di pagamento avrebbe perso efficacia dopo l'infruttuoso decorso di un anno dalla relativa notifica – comunque, al momento della notifica dell'intimazione di pagamento, il credito contributivo vantato dall'INPS era prescritto;
c) invero, è pacifico che l'intimazione di pagamento sia stata notificata in data 27 maggio 2008, sicché all'epoca il credito contributivo vantato dall'INPS

era sicuramente prescritto a causa dell'avvenuto decorso del quinquennio dalla notifica della cartella esattoriale (avvenuta, si ribadisce, il 31 agosto 2001), senza il compimento di alcun atto interruttivo da parte del "concessionario della riscossione";

d) com'è noto, a norma della l. 8 agosto 1995, n. 335, art. 3, comma 9, il termine prescrizionale per il versamento dei contributivi previdenziali, prima decennale, è ritornato quinquennale a partire dal gennaio 1996, ma l'art. 3 cit., successivo comma 10, ha fatto salva la permanenza del termine decennale per le contribuzioni relative agli anni precedenti, nel caso di atti interruttivi già compiuti e/o di procedure di recupero iniziate dall'Istituto previdenziale nel rispetto della normativa preesistente, evenienza che qui non si verifica;

e) la cartella esattoriale, pur avendo le caratteristiche di un titolo esecutivo, resta un atto amministrativo privo dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato, il che significa che la decorrenza del termine per l'opposizione, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito, mentre non determina alcun effetto processuale, sicché non può trovare applicazione l'art. 2953 c.c. ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve (quinquennale) in quello ordinario decennale.

Avverso tale sentenza l'INPS, in proprio e quale mandatario della SCCI s.p.a., ha proposto, per un unico motivo, ricorso per cassazione illustrato da memoria.

A.M. e la S. S. s.p.a. sono rimasti intimati.

L'Istituto ricorrente – senza contestare la qualificazione della domanda azionata, effettuata dalla Corte d'appello come opposizione all'esecuzione, proponibile senza limiti di tempo ai sensi dell'art. 615 c.p.c. – sostiene che la pacifica mancanza di tempestiva opposizione alla cartella di pagamento avrebbe determinato l'intangibilità della pretesa contributiva, con la conseguenza che il relativo diritto non potrebbe più ritenersi assoggettato alla prescrizione quinquennale, potendo prescriversi soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo definitivamente formatosi. E rispetto a tale azione, secondo quanto previsto per l'"actio judicati" dall'art. 2953 c.c., troverebbe applicazione il termine prescrizionale decennale ordinario, nella specie non ancora decorso, in data 27 maggio 2008, quando è stata effettuata la notifica dell'intimazione di pagamento (si citano: Cass. 24 febbraio 2014, n. 4338 e la giurisprudenza ivi richiamata).

A seguito di contraddittorio camerale – ai sensi degli artt. 380-*bis*, 376 e 375 c.p.c. – la Sesta Sezione civile, con ordinanza 29 gennaio 2016, n. 1799, avendo riscontrato nella giurisprudenza di questa Corte di cassazione delle "disarmonie" sulla determinazione dell'ambito di applicabilità dell'art. 2953 c.c., con riferimento alla riscossione mediante ruolo di diversi tipi di crediti, rispettivamente degli enti previdenziali, oppure per sanzioni amministrative pecuniarie e/o per violazioni di norme tributarie e così via, ha sollecitato la rimessione della questione alle Sezioni Unite, qualificandola come una questione sia di massima di particolare importanza, anche per il cospicuo contenzioso in corso che ne è interessato.

Il ricorso è stato perciò assegnato alle Sezioni Unite e discusso all'odierna udienza.

Motivi della decisione

1. La questione sulla quale queste Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi investe l'interpretazione da dare all'art. 2953 c.c., con riguardo specifico all'operatività o meno della ivi prevista conversione del termine di prescrizione breve in quello ordinario decennale, nelle fattispecie originate da atti di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province,dei Comuni e degli altri Enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via. In particolare dall'ordinanza di rimessione della Sesta Sezione civile n. 1799 del 2016 risulta che si tratta di stabilire se la suddetta disposizione codicistica sia applicabile anche nelle ipotesi in cui la definitività dell'accertamento del credito derivi da atti diversi rispetto ad una sentenza passata in giudicato. Nel presente giudizio il problema da risolvere è se la decorrenza del termine pacificamente perentorio – per fare opposizione a cartella di pagamento di cui al d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, art. 24, comma 5, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produca soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito oppure determini anche l'effetto di rendere applicabile l'art. 2953 c.c., ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve (quinquennale secondo la l. n. 335 del 1995, art. 3, commi 9 e 10) in quello ordinario decennale.

2. Ovviamente la soluzione di tale problema va coordinata con gli indirizzi espressi da questa Corte con riguardo all'ambito di operatività della suddetta norma in tutte le fattispecie di crediti riscossi mediante ruolo o comunque coattivamente (ad esempio con: l'avviso di addebito dell'INPS, che dal 1 gennaio 2011 ha preso il posto della cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di questo Istituto; oppure con l'avviso di accertamento esecutivo, che dal 1 ottobre 2011, ha in parte sostituito la cartella esattoriale per i crediti erariali ed è stato poi esteso ai crediti dell'Agenzia delle dogane: vedi, rispettivamente d.l. 31 maggio 2010, n. 78, artt. 30 e 29, convertito dalla l. n. 122 del 2010).

Infatti, pur essendo l'art. 24 cit. – laddove attribuisce agli enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo (il ruolo esattoriale, da cui scaturisce la cartella di pagamento) che si forma prima e al di fuori del giudizio, in forza del quale l'ente può conseguire il soddisfacimento della pretesa a prescindere da una verifica in sede giurisdizionale della sua fondatezza – una norma innovativa per il sistema previdenziale dell'epoca, esso comunque non ha fatto altro che attribuire alla cartella di pagamento ivi prevista effetti propri di altri analoghi titoli previsti già in altri ambiti, effetti che sono stati poi attribuiti anche ai titoli introdotti dal suindicato d.l. n. 78 del 2010.
3. Come illustrato anche dalla presente ordinanza di rimessione della Sesta Sezione civile, con riguardo all'ambito applicativo dell'art. 2953 c.c., nelle fattispecie originate da atti di riscossione coattiva sono stati espressi da questa Corte sostanzialmente due orientamenti - sembrerebbe inconsapevolmente – non coincidenti.

4. Secondo l'orientamento maggioritario e di origine più remota in base all'art. 2953 c.c., si può verificare la conversione della prescrizione da breve a decennale soltanto per effetto di sentenza passata in giudicato, oppure di decreto ingiuntivo che abbia acquisito efficacia di giudicato formale e sostanziale (vedi, per tutte: Cass. 24 marzo 2006, n. 6628; Cass. 27 gennaio 2014, n. 1650; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3987) o anche di decreto o di sentenza penale di condanna divenuti definitivi (ove si tratti di fattispecie anche penalmente rilevanti).

In particolare per la riscossione coattiva dei crediti la suddetta norma è considerata applicabile esclusivamente quando il titolo sulla base del quale viene intrapresa la riscossione non è più l'atto amministrativo, ma un provvedimento giurisdizionale divenuto definitivo (vedi: Cass. 3 gennaio 1970, n. 1; Cass. 22 dicembre 1989, n. 5777; Cass. 10 marzo 1996, n. 1965; Cass. 11 marzo 1996, n. 1980).

5. Per tale indirizzo l'atto con cui inizia il procedimento di riscossione forzata, qualunque sia il credito cui si riferisce – quindi, sia che attenga al pagamento di tributi oppure di contributi previdenziali, sia che si riferisca a sanzioni pecuniarie per violazioni tributarie o amministrative e così via – pur avendo natura di atto amministrativo con le caratteristiche del titolo esecutivo (ed eventualmente anche del precetto, come accade per la cartella di pagamento de qua), tuttavia è privo di attitudine ad acquistare efficacia di giudicato perché è espressione del potere di autoaccertamento e di autotutela della P.A. Pertanto, l'inutile decorso del termine perentorio per proporre l'opposizione, pur determinando la decadenza dall'impugnazione, non produce effetti di ordine processuale, ma solo l'effetto sostanziale dell'irretrattabilità del credito (qualunque ne sia la fonte, di diritto pubblico o di diritto privato), con la conseguente inapplicabilità dell'art. 2953 c.c., ai fini della prescrizione (vedi, tra le tante: Cass. 25 maggio 2007, n. 12263; Cass. 16 novembre 2006, n. 24449; Cass. 26 maggio 2003, n. 8335).

6. Nella sentenza di queste Sezioni Unite 10 dicembre 2009, n. 25790 – nella quale si trattava di stabilire se l'art. 2953 c.c., potesse trovare applicazione soltanto in caso di sentenza passata in giudicato pronunciata in giudizi aventi ad oggetto l'obbligazione tributaria o anche in presenza di giudicato su ricorsi avverso provvedimenti di irrogazione di sanzioni tributarie amministrative – è stato affermato che "il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la violazione di norme tributarie, derivante da sentenza passata in giudicato si prescrive entro il termine di dieci anni, per diretta applicazione dell'art. 2953 c.c., che disciplina specificamente ed in via generale la cosiddetta actio judicati, mentre, se la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile vale il termine di prescrizione di cinque anni, previsto dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 20, atteso che il termine di prescrizione entro il quale deve essere fatta valere l'obbligazione tributaria principale e quella accessoria relativa alle sanzioni non può che essere di tipo unitario".

A tale principio – che, come si è detto, tradizionalmente era già stato affermato dalla prevalente giurisprudenza in materia di crediti dell'Amministrazione finanziaria per tributi e sanzioni – si è uniformata la gran parte della giurisprudenza successiva in tale ambito materiale (vedi, per tutte: Cass. 12 marzo 2010, n. 6077; Cass., sez. 5, 11 marzo 2011 n. 5837; Cass. 13 luglio 2012, n. 1194; Cass. 6 luglio 2012, n. 11380 Cass. 6 luglio 2012, n. 11380; Cass. 5 aprile 2013, n. 8380; Cass. 19 luglio 2013, n. 17669; Cass. 11 dicembre 2013, n. 27674; Cass. 17 gennaio 2014, n. 842; Cass. 23 ottobre 2015, n. 21623 e di recente: Cass. 13 giugno 2016, n. 12074).
7. Anche con riguardo ai crediti derivanti da omissioni e/o evasioni di contributi previdenziali, per più di trent'anni, quando tali fattispecie erano penalmente rilevanti – a partire da Cass. 1 marzo 1956, n. 623 – è stato affermato il principio secondo cui in caso di condanna con decreto o con sentenza penale per il mancato o ritardato versamento dei contributi assicurativi il diritto dell'INPS al recupero delle somme ivi indicate non è più soggetto alla prescrizione quinquennale di cui al R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, art. 55, – nel testo antecedente la l. 30 aprile 1969, n. 153, art. 41 – ma, ai sensi dell'art. 2953 c.c., alla prescrizione ordinaria decennale, soltanto dopo che il suddetto provvedimento giurisdizionale sia diventato definitivo (vedi, tra le tante: Cass. 17 giugno 1974, n. 1794; Cass. 10 aprile 1979, n. 2085; Cass. 5 luglio 1980, n. 4320; Cass. 9 giugno 1981, n. 3733; Cass. 28 luglio 1983, n. 5195).

8. Dopo la disposta depenalizzazione delle suddette fattispecie, ad opera della l. 24 novembre 1981, n.

689, la giurisprudenza della sezione lavoro (vedi, fra le prime: Cass. 14 dicembre 1990, n. 11884; Cass. 24 marzo 1992, n. 3651; Cass. 20 gennaio 1993, n. 684; Cass. 14 giugno 1994, n. 5758) ha affermato che, per effetto del nuovo assetto, agli enti previdenziali è stata data la possibilità di avvalersi per il recupero – anche disgiunto – di contributi, premi, sanzioni civili e sanzioni amministrative, di uno strumento unitario rappresentato, alternativamente, dall'ordinanza-ingiunzione (provvedimento tipico per l'irrogazione e la riscossione della sanzione amministrativa, utilizzato anche per la riscossione dei contributi evasi e delle somme aggiuntive) oppure dal decreto ingiuntivo (strumento tipico per il recupero dei crediti civilistici, utilizzato anche per l'irrogazione e la riscossione della sanzione amministrativa) o ancora (dopo il 1989) dall'ingiunzione prevista dal r.d. 14 aprile 1910, n. 639 (provvedimento amministrativo tipico per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici utilizzabile anche per la riscossione dei crediti previdenziali, nei limiti già consentiti dalla previgente disciplina).

Sicché, anche prima che la questione fosse esaminata dalla sentenza di queste Sezioni Unite 23 giugno 1993, n. 6954, nella giurisprudenza della Sezione Lavoro era, sia pure implicitamente, del tutto pacifico il principio secondo cui l'ordinanza-ingiunzione di pagamento delle sanzioni pecuniarie è un provvedimento amministrativo e non giurisdizionale e, pertanto, si differenzia nettamente dal decreto ingiuntivo (Cass., sez. I, 12 novembre 1992, n. 12189; Id. 22 maggio 1993, n. 5788; Id. 9 novembre 1993, n. 11059; Id. 1 luglio 1995, n. 733.

Il suddetto indirizzo, del resto, è tuttora incontrastato nella giurisprudenza di questa Corte (vedi, per tutte: Cass., sez. I, 1 aprile 2004, n. 6362; Cass., sez. II, 27 luglio 2012, n. 13516).

9. Questa è la cornice nella quale vanno inserite anche le sentenze della sezione lavoro nelle quali, per la prima volta, è stata individuata la categoria dei "c.d. titoli esecutivi paragiudiziali" – accanto a quella dei titoli giudiziali – aventi l'attitudine a diventare, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine, definitivi e incontrovertibili (vedi: Cass. 24 settembre 1991, n. 9944; Cass. 2 ottobre 1991, n. 10269; Cass. 26 ottobre 1991, n. 11421, in motivazione).

Deve essere, peraltro, sottolineato che in tutte e tre le suindicate sentenze la Corte ha affrontato la questione relativa agli effetti da attribuire all'ordinanza-ingiunzione per crediti previdenziali maturati anteriormente all'apertura di una procedura fallimentare (o concorsuale in genere).

Pertanto, nelle relative motivazioni, la suddetta affermazione risulta chiaramente funzionale alla conclusione della equiparazione del trattamento da riservare alla situazione *sub judice* – ordinanza – ingiunzione irrogativa di una sanzione amministrativa, inerente a una infrazione posta in essere dal debitore in epoca anteriore al proprio fallimento – rispetto a quello da applicare ad un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo emanato in costanza di fallimento per crediti antecedenti. In questi termini si rilevava la "sostanziale identità" fra i due suindicati titoli, identità che, peraltro, veniva espressamente riferita alla incontrovertibilità sostanziale del credito, senza alcun richiamo dell'art. 2953 c.c.

10. Poco dopo, con specifico riferimento alla cartella esattoriale di pagamento relativa alla riscossione di contributi previdenziali, Cass., sezione lavoro, 11 agosto 1993, n. 8624 (richiamando Cass. 20 gennaio 1993, n. 684 cit.) ha affermato che tale cartella emessa ai sensi del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, art. 2, convertito in L. n. 389 del 1989 – nel testo all'epoca vigente, antecedente le modifiche di cui al d.lgs. n. 46 del 1999 – è un titolo esecutivo che diviene definitivo in caso di omessa opposizione o di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine "e tale dichiarata dal giudice" a conclusione del relativo giudizio. Nella relativa motivazione la Corte confermava il precedente orientamento (di cui a Cass. 24 settembre 1991 n. 9944 e Cass. 2 ottobre 1991 n. 10269), secondo cui non soltanto i titoli esecutivi giudiziali o "a formazione giudiziale" sono "passibili di diventare definitivi, e cioè incontrovertibili con effetti analoghi al giudicato, in caso di mancata opposizione o di opposizione proposta fuori termine", essendo stati da tempo individuati dalla richiamata giurisprudenza i c.d. titoli paragiudiziali, in considerazione delle leggi speciali con le quali, in diverse materie, il legislatore ha consentito agli organi della pubblica amministrazione di ordinare ai privati, mediante ingiunzioni, il pagamento di somme di denaro (si citavano per le omissioni contributive previdenziali il r.d. 14 aprile 1910, n. 639, e la l. 24 novembre 1981, n. 689, che regola peraltro il più generale conteso delle c.d. sanzioni amministrative).

Con riguardo a tali ultimi titoli si specificava che per essi, al pari di quanto accade per quelli giudiziali, è previsto un termine perentorio per la relativa opposizione davanti al giudice ordinario, "con la conseguenza che i medesimi diventano definitivi in caso o di omessa opposizione o di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine e tale dichiarata dal giudice a conclusione del relativo giudizio".

11. Come può notarsi, tale ultima sentenza non ha detto nulla di diverso rispetto a quelle precedenti e si è limitata a ribadire che una volta scaduto inutilmente il termine perentorio per proporre opposizione avverso un c.d. titolo paragiudiziale – come la cartella esattoriale – il titolo diviene definitivo e il diritto di credito incontestabile.

Peraltro, come si evince chiaramente dall'espresso riferimento alla conclusione del giudizio sulla opposizione, la contemplata "definitività" del titolo era ri-

ferita esclusivamente – e in linea con l'indirizzo tradizionale – al diritto sostanziale, senza minimamente toccare la questione della conversione della prescrizione ex art. 2953 c.c.

Così, del resto, la sentenza è stata intesa dalla maggior parte della successiva giurisprudenza sia della Sezione Lavoro sia della Sezione Tributaria (vedi per tutte: Cass., Sezione Lavoro, 29 agosto 1995 n. 9119; Id. 18 giugno 2004, n. 11426; Id. 27 febbraio 2007, n. 4506; Id. 25 giugno 2007, n. 14692; Id. 1 luglio 2008, n. 17978; Id. 24 marzo 2010, n. 13262; Cass. Sez. 5ª, 28 gennaio 2005, n. 1793).

La stessa impostazione si rinviene in Cass. 14 ottobre 2009, n. 21790 ove viene usata la medesima terminologia della sentenza n. 8624 del 1993 cit. e ci si limita a precisare che la conseguenza della perentorietà del termine di cui al d.lgs. n. 46 del 1999, art. 24, è che, in tema di contributi previdenziali, per contestare il ruolo è necessaria l'opposizione da parte dell'interessato nel termine stesso, poiché, in caso contrario, il titolo diviene definitivo e il diritto alla relativa pretesa contributiva incontestabile (sempre in ambito sostanziale).

Nella stessa ottica si pongono anche alcune sentenze in cui si ricorda il consolidato indirizzo che, pure per le iscrizioni a ruolo delle imposte dirette o indirette, ha riconosciuto l'esistenza della categoria dei titoli esecutivi formati sulla base di un mero procedimento amministrativo dell'ente impositore (in questo senso: Cass., sezione lavoro, 9 febbraio 2010, n. 7667; Id. 14 giugno 2010, n. 14195).

12. Va anche precisato che tale impostazione non risulta smentita dalle sentenze della Sezione Tributaria nelle quali – specialmente in tema di IVA (Cass. 12 novembre 2010, n. 22977; Cass. 9 febbraio 2007, n. 2941; Cass. 8 settembre 2004, n. 18110) e in materia di tassa automobilistica (Cass. 15 gennaio 2014, n. 701) – è stato sottolineato che il credito erariale per la riscossione dell'imposta, a seguito di accertamento divenuto definitivo per mancata impugnazione o sulla base di sentenza passata in giudicato, è soggetto all'ordinario termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c., decorrente, ai sensi dell'art. 2935 c.c., dal momento in cui il "credito diventa esigibile, e cioè dalla data in cui l'accertamento diviene definitivo per mancata impugnazione". In tali pronunce, infatti, il suddetto principio risulta affermato al fine di individuare il regime prescrizionale da applicare, in diritto sostanziale, ed escludere l'applicabilità al credito erariale per la riscossione dell'imposta a seguito di accertamento divenuto definitivo del termine di prescrizione quinquennale previsto – "per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi" – dall'art. 2948 c.c., n. 4, ovvero di termini decadenziali ancora più brevi (come, ad esempio, quello stabilito dal d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 57).

Ma non risulta esservi alcun riferimento all'art. 2953 c.c., e all'*actio judicati*.

13. Ebbene, alla luce della presente disamina, può dirsi che una delle sentenze della Sezione Tributaria, nelle quali è stato ribadito il suddetto orientamento, abbia inconsapevolmente dato l'inizio alla "disarmonia" di indirizzi menzionata nella presente ordinanza di rimessione.

Si tratta della sentenza della Sezione 5ª 26 agosto 2004, n. 17051, nella quale – in una controversia relativa ad un caso di iscrizione a ruolo per l'IVA – la Corte si è limitata ad affermare espressamente che per effetto della iscrizione "l'Ufficio forma un titolo esecutivo al quale è sicuramente applicabile il termine prescrizionale di dieci anni previsto dall'art. 2946 c.c.", senza peraltro alcuna specifica spiegazione sul punto e senza alcun riferimento all'actio judicati.

14. È, infatti, accaduto che la Sezione Lavoro, a partire da Cass. 24 febbraio 2014, n. 4338, facendo principale riferimento a tale sentenza n. 17051 del 2004 abbia affermato il principio secondo cui: "una volta divenuta intangibile la pretesa contributiva per effetto della mancata proposizione dell'opposizione alla cartella esattoriale (come avvenuto nel caso di specie), non è più soggetto ad estinzione per prescrizione il diritto alla contribuzione previdenziale di che trattasi e ciò che può prescriversi è soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi, riguardo alla quale, in difetto di diverse disposizioni (e in sostanziale conformità a quanto previsto per l'actio judicati ai sensi dell'art. 2953 c.c.), trova applicazione il termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 c.c.".

Nella successiva Cass., sez. lav., 8 giugno 2015, n. 11749 è stato ribadito che il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento per proporre opposizione di cui all'art. 24 cit., deve ritenersi perentorio, perché diretto a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva impugnazione ed a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo (vedi, *ex plurimis* Cass. 25 giugno 2007, n. 14692; Cass. 12 marzo 2008, n. 6674; Cass. 5 febbraio 2009, n. 2835; Cass. 19 aprile 2011, n. 8931). Conseguentemente, per effetto della mancata proposizione dell'opposizione alla cartella esattoriale la pretesa contributiva diviene intangibile e il diritto alla contribuzione previdenziale non è più soggetto ad estinzione per prescrizione, potendo prescriversi "soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi", nel termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 c.c., in difetto di diverse disposizioni e "in sostanziale conformità a quanto previsto per l'actio judicati ai sensi dell'art. 2953 c.c." (si citano: Cass. 26 agosto 2004, n. 2004, recte n. 17051, nonché Cass. 24 febbraio 2014, n. 4338).

Va, peraltro, precisato che, in entrambe le suddette sentenze, l'affermazione del suindicato principio rappresenta un "*obiter dictum*" eccedente la necessità logico giuridica della decisione e come tale non vincolante (Cass. 11 giugno 2004, n. 11160; Cass. 22 novembre 2010, n. 23635; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1815).

Infatti, nella sentenza n. 4338 del 2014 la Corte ha espressamente dichiarato di non essere chiamata a pronunciarsi sulla prescrizione, mentre nella sentenza n. 11749 del 2015 la Corte ha precisato che, nella fattispecie esaminata, l'operatività del termine breve quinquennale, almeno per il credito per i contributi, era ormai coperta da giudicato, avendo la Corte territoriale ritenuto inapplicabile, ai fini della prescrizione decennale, l'art. 2953 c.c.

15. Più di recente la Corte, in Cass., sez. lav., 15 marzo 2016, n. 5060 – questa volta in un giudizio analogo all'attuale in cui era in contestazione la questione degli effetti della mancata tempestiva proposizione dell'opposizione alla cartella di pagamento per contributi omessi sulla prescrizione del credito alla contribuzione previdenziale dell'Istituto – ha ribadito il principio (richiamando le sentenze n. 17051 del 2004, n. 4338 del 2014 e n. 11749 del 2015 citate) che, nel caso di mancata e/o tardiva proposizione di opposizione a cartella esattoriale, la pretesa contributiva previdenziale ad essa sottesa diviene intangibile e non più soggetta ad estinzione per prescrizione, potendo prescriversi soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi, riguardo alla quale, in difetto di diverse disposizioni (e in sostanziale conformità a quanto previsto per l'actio judicati ai sensi dell'art. 2953 c.c.), trova applicazione il termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 c.c.

Ed ha aggiunto che ciò deriva dalla perentorietà da riconoscere al termine previsto dall'art. 24 cit., che è finalizzata a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale, in caso di omessa tempestiva impugnazione e a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo (si citano Cass., sezione lavoro, n. 14692 del 2007; Id. n. 17978 del 2008; Id. n. 2835 del 2009; Id. 19 aprile 2011, n. 8931)

16. A quanto si è detto consegue che quest'ultima è l'unica pronuncia in cui certamente ed efficacemente è stata affermata in modo vincolante l'applicabilità dell'art. 2953 c.c., alla cartella di pagamento divenuta definitiva perché non opposta nel termine perentorio. Infatti, nelle suindicate pronunce in cui si fa riferimento alla categoria dei "titoli paragiudiziali" e in quelle che le richiamano non viene mai menzionata l'*actio judicati* e, anzi, dal loro contenuto complessivo, si evince chiaramente che il suddetto riferimento è fatto per finalità diverse dalla prescrizione e senza alcuna intenzione di far derivare dalla riconosciuta natura paragiudiziale di alcuni titoli, il conferimento ad essi della natura giurisdizionale, visto che si richiama espressamente la necessaria presenza di una pronuncia giurisdizionale.

D'altra parte, neppure nelle pronunce della Sezione Tributaria – del tipo della sentenza n. 17051 del 2004, cui ha fatto riferimento la sentenza n. 4338 del 2014 della Sezione Lavoro, seguita dalle sentenze della stessa Sezione n. 11749 del 2015 e n. 5060 del 2016 – in cui si menziona l'art. 2946 c.c., vi è alcun richiamo all'actio judicati, essendo piuttosto in esse esaminata la questione dell'individuazione del regime prescrizionale sostanziale per la riscossione, come è confermato anche dalla più recente giurisprudenza della Sezione Tributaria (vedi, tra le altre: Cass., Sez. V, 30 giugno 2016, n. 13418; Id. 9 agosto 2016, n. 16713).

17. Tutto questo porta a concludere che la "disarmonia" che si è creata nell'ambito della giurisprudenza poggia su un equivoco derivante dalla erronea determinazione del contenuto della sentenza n. 17051 del 2004 cit., trascinatasi per inerzia nel tempo, senza alcun particolare approfondimento e che ha prodotto effetti giuridici validi in un solo caso (sentenza n. 5060 del 2016 cit.).

Ne deriva che, nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte, tale disarmonia non ha avuto grandi conseguenze, ma ne ha sicuramente prodotte – di molto incisive – nella giurisprudenza del merito e, in genere, nella interpretazione e nell'applicazione delle norme di riferimento, in un settore di grande "impatto" come quello della riscossione mediante ruolo dei crediti previdenziali, tributari e così via.

18. Pertanto, appare opportuno precisare che la correttezza dell'orientamento tradizionale è confermata, oltre che dalla precedente sentenza di queste Sezioni Unite 10 dicembre 2009, n. 25790 (già richiamata), da molteplici ulteriori elementi.

18.1 In primo luogo, va ricordato che, nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte nella quale viene da sempre sottolineato che la disciplina della prescrizione è "di stretta osservanza ed è insuscettibile d'interpretazione analogica" (vedi, per tutte: Cass. 15 luglio 1966, n. 1917 e Cass. 18 maggio 1971, n. 1482) è pacifico che:

a) se in base all'art. 2946 c.c., la prescrizione ordinaria dei diritti è decennale a meno che la legge disponga diversamente, nel caso dei contributi previdenziali è appunto la legge che dispone diversamente (L. n. 335 del 1995 cit., art. 3, comma 9);
b) la norma dell'art. 2953 c.c., non può essere applicata per analogia oltre i casi in essa stabiliti (ex multis: Cass. 29 gennaio 1968, n. 285; Cass. 10 giugno 1999, n. 5710);
c) la prescrizione decennale da *"actio judicati"*, prevista dall'art. 2953 c.c., decorre non dal giorno in cui sia possibile l'esecuzione della sentenza nè da quello della sua pubblicazione, ma dal momento del suo passaggio in giudicato (tra le tante: Cass.

10 luglio 2014, n. 15765; Cass. 14 luglio 2004, n 13081);

d) la conversione della prescrizione breve in quella decennale per effetto della formazione del titolo giudiziale ex art. 2953 c.c., ha il proprio fondamento esclusivo nel titolo medesimo, sicché non incide sui diritti non riconducibili a questo e, dunque, non opera per i diritti maturati in periodi successivi a quelli oggetto del giudicato di condanna (Cass. 20 marzo 2013, n. 6967; Cass. 10 giugno 1999, n. 5710 cit.);

e) il generico riferimento al "diritto" per il quale sia stabilita un termine di prescrizione breve contenuto nell'art. 2953 c.c., consente di ritenere che laddove intervenga un giudicato di condanna (anche generica), la conversione del termine di prescrizione breve del diritto in quello decennale si estende pure ai coobbligati solidali anche se rimasti estranei al relativo giudizio (vedi, per tutte: Cass. 13 gennaio 2015, n. 286; Cass. 11 giugno 1999, n. 5762; Cass. 10 marzo 1976, n. 839; Cass. 14 aprile 1972, n. 1173; Cass. 17 giugno 1965, n. 1961; Cass. 17 agosto 1965, n. 1961; Cass. 20 ottobre 1964, n. 2633)

18,2 Quest'ultimo effetto, all'evidenza, si attaglia solo ad un titolo esecutivo giudiziale.

È notorio che soltanto un atto giurisdizionale può acquisire autorità ed efficacia di cosa giudicata e, che il giudicato, dal punto di vista processuale, spiega effetto in ogni altro giudizio tra le stesse parti per lo stesso rapporto e dal punto di vista sostanziale rende inoppugnabile il diritto in esso consacrato tanto in ordine ai soggetti ed alla prestazione dovuta quanto all'inesistenza di fatti estintivi, impeditivi o modificativi del rapporto e del credito mentre non si estende ai fatti successivi al giudicato ed a quelli che comportino un mutamento del "petitum" ovvero della "causa petendi" della originaria domanda (vedi, per tutte: Cass. 12 maggio 2003, n. 7272; Cass. 24 marzo 2006, n. 6628).

Della necessità che vi sia un atto giurisdizionale divenuto cosa giudicata, ai fini dell'applicabilità della conversione del termine prescrizionale ai sensi dell'art. 2953 cod. civ. si ha conferma anche nella consolidata giurisprudenza secondo cui, in tema di riscossione delle imposte e delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie, tale conversione non opera se la definitività dell'accertamento deriva non da una sentenza passata in giudicato, ma dalla dichiarazione di estinzione del processo tributario per inattività delle parti (tra le tante, di recente: Cass. 6 marzo 2015, n. 4574).

18.3. Anche il carattere perentorio del termine previsto dal d.lgs. n. 46 del 1999, art. 24, comma 5, è assodato ed è altrettanto certo che esso è funzionalizzato a rendere non più contestabile il credito contributivo, in caso di omessa tempestiva impugnazione, ed a consentirne una "rapida riscossione" (vedi, *ex plurimis* Cass. 25 giugno 2007, n. 14692; Cass. 12 marzo 2008, n. 6674; Cass. 5 febbraio 2009, n. 2835; Cass. 15 ottobre 2010, n. 21365; Cass. 19 aprile 2011, n. 8931; Cass. 8 giugno 2015, n. 11749; Cass. 15 marzo 2016, n. 5060).

18.4. Infine, è indubbio che sia la cartella di pagamento sia gli altri titoli che legittimano la riscossione coattiva di crediti dell'Erario e/o degli Enti previdenziali e così via sono atti amministrativi privi dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato (vedi, tra le tante: Cass. 25 maggio 2007, n. 12263; Cass. 16 novembre 2006, n. 24449; Cass. 26 maggio 2003, n. 8335, tutte già citate).

Questo, peraltro, non significa che la scadenza del termine perentorio per proporre opposizione non produca alcun effetto, in quanto tale decorrenza determina la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, producendo l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito.

18.5. Ma è evidente che, per tutte le suddette ragioni, tale scadenza non può certamente comportare l'applicazione l'art. 2953 c.c., ai fini della operatività della conversione del termine di prescrizione breve in quello ordinario decennale, anche perché, fra l'altro, un simile effetto si porrebbe in contrasto con la ratio della perentorietà del termine per l'opposizione.

Se, come si è detto, è pacifico che tale ratio sia quella di consentire una "rapida riscossione" del credito, l'allungamento immotivato del termine prescrizionale in favore dell'ente creditore si porrebbe, all'evidenza, in contrasto con tale ratio, oltre mettere il debitore in una situazione di perenne incertezza in una materia governata dal principio di legalità, cui per primi sono tenuti ad uniformarsi gli stessi Enti della riscossione e creditori.

Nè va omesso di ricordare che, in sede di presentazione della "nuova" cartella di pagamento, prevista dal d.lgs. n. 46 del 1999, venne sottolineato che la relativa adozione era finalizzata a realizzare la "massima trasparenza e comprensibilità" per i destinatari delle questioni giuridiche da esse implicate, visto che la cartella, oltre a costituire l'estratto del ruolo riferito al singolo contribuente, era destinata ad assorbire anche la funzione di titolo esecutivo e di precetto (messa in mora).

Ci si preoccupava, quindi, di tutelare i diritti del contribuente, al fine di evitare che potesse subire una riscossione coattiva senza comprenderne adeguatamente le ragioni. Il che vale, a maggior ragione, con riguardo ad un eventuale imprevisto allungamento del termine di prescrizione del credito, quale originariamente stabilito.

18.6. Deve anche essere considerato che la prescrizione in materia previdenziale costituisce un istituto del tutto particolare, nel quale il carattere di "di stretta osservanza" e di ordine pubblico della disciplina è particolarmente evidente.

Al riguardo, va ricordato che originariamente il credito degli Enti previdenziali per il recupero dei contributi assicurativi omessi e/o evasi era soggetto alla prescrizione quinquennale, ai sensi del r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, art. 55, convertito dalla l. 6 aprile 1936, n. 1155. La l. 30 aprile 1969, n. 153, art. 41, ha poi – tranne che per i cd. contributi minori – elevato tale termine di prescrizione a dieci anni, anche per le prescrizioni in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa.

Quindi, la l. n. 335 del 1995, art. 3, comma 9, non ha fatto altro che ripristinare il tradizionale termine quinquennale, con decorrenza dal giorno 1 gennaio 1996.

Tale ultima disposizione ha altresì reiterato, estendendone l'applicabilità a tutte le assicurazioni obbligatorie, il principio – di ordine pubblico e caratteristico di questo tipo di prescrizione – della "irrinunciabilità della prescrizione", secondo cui "non è ammessa la possibilità di effettuare versamenti, a regolarizzazione di contributi arretrati, dopo che rispetto ai contributi stessi sia intervenuta la prescrizione" (già previsto dal r.d.l. n. 1827 del 1935, art. 55, comma 2 cit.).

Quanto all'impossibilità di effettuare i versamenti dopo il decorso del termine prescrizionale, la nuova norma ha specificato che le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria sono soggette a prescrizione e "non possono essere versate" dopo il decorso del relativo termine. Pertanto, dopo lo spirare di tale termine, l'Ente di previdenza non solo non può procedere all'azione coattiva rivolta al recupero delle omissioni, ma è tenuto a restituire d'ufficio il pagamento del debito prescritto effettuato anche spontaneamente, in deroga alla disposizione contenuta nell'art. 2940 c.c., secondo cui: "Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto".

Del resto, è jus receptum che, nella materia previdenziale, a differenza che in quella civile, il regime della prescrizione già maturata è sottratto, ai sensi dell'art. 3, comma 9, della n. 335, alla disponibilità delle parti, sicché una volta esaurito il termine, la prescrizione ha efficacia estintiva – non già preclusiva – in quanto l'ente previdenziale creditore non può rinunziarvi.

Secondo un costante indirizzo ermeneutico di questa Corte il suddetto divieto di effettuare versamenti a regolarizzazione di contributi assicurativi dopo che rispetto agli stessi sia intervenuta la prescrizione – originariamente stabilito dal r.d.l. n. 1827 del 1935, art. 55, comma 1, e poi ribadito dalla l. n. 335 del 1995, art. 3, comma 9, – rispondendo a "ragioni di ordine pubblico", opera di diritto indipendentemente dall'eccezione di prescrizione da parte dell'ente previdenziale e del debitore dei contributi ed è rilevabile d'ufficio, senza che l'assicurato abbia diritto a versare contributi previdenziali prescritti e ad ottenere la retrodatazione dell'iscrizione per il periodo coperto da prescrizione. Né rileva l'eventuale inerzia dell'ente previdenziale nel provvedere al recupero delle somme corrispondenti alle contribuzioni, poiché il credito contributivo ha una sua autonoma esistenza, che prescinde dalla richiesta di adempimento avanzata dall'ente previdenziale stesso (vedi, per tutte: Cass., sez. lav., 15 ottobre 2014, n. 21830; Id. 24 marzo 2005, n. 6340; Id. 16 agosto 2001, n. 11140; Id. 5 ottobre 1998, n. 9865; Id. 6 dicembre 1995, n. 12538; Id. 19 gennaio 1968, n. 131).

18.7. Per effetto della l. 28 settembre 1998, n. 337 ("Delega al Governo per il riordino della disciplina relativa alla riscossione") fa varata – con decorrenza dall'1 luglio 1999 – una importante riforma volta a rendere più efficiente la riscossione coattiva, che si realizzò con i d.lgs. n. 37 del 1999, d.lgs. n. 46 del 1999, e d.lgs. n. 112 del 1999 (seguiti dai decreti correttivi n. 193 e n. 326 del 1999).

Nell'ambito di tale riforma va inserito anche l'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, con il quale è stato attribuito agli Enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo (il ruolo esattoriale, da cui scaturisce la cartella di pagamento) che si forma prima e al di fuori del giudizio e in forza del quale l'ente può conseguire il soddisfacimento della pretesa a prescindere da una verifica in sede giurisdizionale della sua fondatezza.

Deve essere ricordato che la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 24 cit., sollevata in riferimento all'art. 111 Cost., comma 2, ha, da un lato, escluso la irragionevolezza della scelta del legislatore di consentire ad un creditore di formare unilateralmente un titolo esecutivo, ponendo l'accento sulla sua natura pubblicistica e l'affidabilità derivante dal procedimento che ne governa l'attività. E, dall'altro lato, ha considerato tale scelta rispettosa dei diritti di difesa e dei principi del giusto processo, facendo leva sulla possibilità, concessa al preteso debitore di promuovere, entro un termine perentorio ma adeguato, un giudizio ordinario di cognizione nel quale far efficacemente valere le proprie ragioni, nonché sulla possibilità del debitore di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e/o dell'esecuzione, e, infine, sulla ripartizione dell'onere della prova in base alla posizione sostanziale (e non già formale) assunta dalle parti nel giudizio di opposizione (vedi: Corte cost. ord. n. 111 del 2007).

E nella successiva sentenza n. 281 del 2010 la stessa Corte costituzionale ha sottolineato che "soltanto nel giudizio di opposizione alla cartella esattoriale il destinatario di questa ha la possibilità di far accertare l'inesistenza, o la minore entità, del proprio debito. Di qui la centralità di tale momento processuale, del quale la tutela cautelare esperibile con la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo costituisce profilo essenziale".

Come si vede, il Giudice delle leggi, nel considerare centrale la possibilità dell'instaurazione del giudizio di opposizione, non ha mai neppure ipotizzato che la semplice scadenza del relativo termine potesse dare luogo alla applicazione dell'art. 2953 c.c.

18.8. Al riguardo va ricordato che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 280 del 2005, ha ribadito il proprio costante indirizzo secondo cui è conforme a Costituzione, e va dall'interprete ricercata, soltanto una ricostruzione del sistema tributario che "non lasci il contribuente esposto, senza limiti temporali, all'azione esecutiva del fisco" ed ha osservato che l'esigenza, pur costituzionalmente inderogabile, di rinvenire termini decadenziali nella materia non può essere soddisfatta facendo riferimento a termini fissati per attività interne all'Amministrazione (nello stesso senso: Corte cost. ordinanza n. 352 del 2004, ivi richiamata).

Nel caso esaminato, da tale principio il Giudice delle leggi ha tratto la conclusione della illegittimità costituzionale del d.P.R. n. 602 del 1973, art. 25, come modificato dal d.lgs. n. 193 del 2001, – nella parte relativa alla mancata previsione di un termine, fissato a pena di decadenza, entro il quale il concessionario deve notificare al contribuente la cartella di pagamento delle imposte liquidate ai sensi del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 36-*bis*, – "non essendo consentito, dall'art. 24 Cost., lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione, certamente eccessivo e irragionevole" ed essendo irragionevole che questo avvenga in ipotesi in cui l'Amministrazione (lato sensu intesa) è chiamata a compiere una semplice operazione di verifica formale.
19. Da ultimo, deve essere escluso – per plurime ragioni – che, per la soluzione della presente questione, si possa fare riferimento alla disposizione di cui al d.lgs. n. 112 del 1999, art. 20, comma 6, nel testo introdotto dalla l. n. 190 del 2014, art. 1, comma 683, – che ha sostituito integralmente il suddetto art. 20 – il quale è stato richiamato dall'INPS nella propria memoria.

Il suddetto art. 20, va letto all'interno del d.lgs. n. 112 del 1999, (e non all'interno della l. n. 190 del 2014) che è il decreto attuativo della Legge di delega n. 337 del 1998 dedicato ai rapporti tra ente impositore ed agente della riscossione, che contiene un complessivo riordino della disciplina della riscossione mediante ruoli, basato su una profonda revisione dei rapporti tra ente impositore e agente della riscossione.

Tale revisione risulta principalmente riferita al Servizio nazionale della riscossione mediante ruolo organizzato dal Ministero delle finanze e articolato in ambiti territoriali affidati a concessionari di pubbliche funzioni (vedi d.lgs. n. 112 cit., art. 2 e ss.).

19.1. Infatti, se in base all'art. 3, del decreto – come regola generale – la concessione del servizio nazionale della riscossione viene affidata con decreto del Ministero delle finanze (comma 4), tuttavia "per le province ed i comuni restano ferme le disposizioni contenute nel d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, artt. 52 e 53, e, per gli enti previdenziali, quelle contenute nel Capo III del d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241".

Nel suindicato Capo III del d.lgs. n. 241 cit. – intitolato "Disposizioni in materia di riscossione" – è dettata una specifica disciplina in materia di riscossione, applicabile a tutti gli enti previdenziali a decorrere dal 1999 (vedi art. 28) che, ovviamente, non prevede il "discarico per inesigibilità" (introdotto nel nostro sistema dal d.lgs. n. 112 cit., artt. 19 e 20) contenendo una diversa normativa per sanzionare eventuali ritardi e/o scorrettezze del concessionario (art. 26).

19.2. Peraltro, dalla complessiva lettura del d.lgs. n. 112 del 1999, e dai minimi riferimenti espressi in esso contenuti alla riscossione dei contributi effettuata dagli Enti previdenziali (vedi lo stesso d.lgs. n. 112 cit., art. 22, comma 1, e art. 61), si trae conferma del fatto che si tratta di un decreto principalmente rivolto alla riscossione dei tributi.

19.3. A questo può aggiungersi che, in ogni caso, l'art. 20, comma 6, richiamato dall'INPS, è inutilizzabile nella specie anche perché – pur nell'ambito della riscossione fiscale si tratta di una norma che non ha alcuna attinenza ai rapporti tra contribuente ed Ente impositore, riguardando – in modo emblematico – i rapporti tra ente impositore ed agente della riscossione come risulta evidente ove si consideri che il Capo II del d.lgs. n. 112 cit. contiene i "Principi generali dei diritti e degli obblighi del concessionario" e la Sezione I di tale Capo (artt. da 17 a 21) disciplina i "Diritti del concessionario", regolando il "Discarico per inesigibilità" all'art. 19 e la "Procedura di discarico per inesigibilità e reiscrizione nei ruoli" all'art. 20.

19.4. Può anzi dirsi che tali ultimi due articoli contengano la disciplina più "qualificante" del riordino della riscossione – fiscale – effettuato dal d.lgs. n. 112 cit., sulla premessa dell'avvenuta eliminazione – ad opera del d.lgs. n. 37 del 1999, art. 2, emanato in attuazione della stessa Legge di delega n. 337 del 1998, art. 1, lett. c), – del preesistente "obbligo del non riscosso come riscosso", in base al quale a carico dell'esattore prima e del concessionario poi gravava l'onere di versare alle prescritte scadenze all'ente impositore l'ammontare pro rata dei crediti iscritti a ruolo, anche se non pagati dal debitore (d.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43, art. 32, comma 3).

L'abolizione di tale obbligo, infatti, ha portato ad un incisivo mutamento dei rapporti tra l'ente impositore e l'agente della riscossione, nel senso che a decorrere dal 1999 quest'ultimo non è dunque più tenuto a riversare all'ente impositore le somme eventualmente corrispondenti ai ruoli trasmessi, ma deve versare soltanto ciò che effettivamente riesce a riscuotere, tempo per tempo. Di conseguenza tale riforma è stata accompagnata dalla introduzione – per le riscossioni non andate a buon

fine – di una procedura diretta a consentire all'agente della riscossione di porre termine alle attività di riscossione effettuate in favore dell'ente impositore.

Tale procedimento, ha assunto il nome di "procedura di discarico per inesigibilità" ed è quella disciplinata dal menzionato d.lgs. n. 112 del 1999, art. 19 e ss.

19.5. In base all'art. 19 - al di là delle ipotesi in cui opera il discarico automatico, che sono proprio quelle per le quali l'art. 61, del decreto stabilisce espressamente l'applicabilità della relativa disciplina (di cui all'art. 60, commi da 1 a 3) "ai ruoli degli enti previdenziali" l'agente della riscossione o il concessionario per poter ottenere il discarico delle "quote iscritte a ruolo" indicate nella comunicazione di inesigibilità inviata all'ente creditore, è tenuto a fornire a tale ente la prova della correttezza del proprio operato.

Nel successivo art. 20, il legislatore ha introdotto una procedura con la quale l'ente creditore può svolgere il proprio controllo sull'operato dell'agente della riscossione nel recupero della quota.

Come precisato dalla giurisprudenza, la procedura di discarico per inesigibilità di quote di imposta, di cui al d.lgs. n. 112 del 1999, artt. 19 e 20, ha carattere meramente amministrativo e riguarda esclusivamente il rapporto giuridico di dare-avere intercorrente tra il concessionario e l'ente creditore, al fine di accertare se sussista o meno il diritto al rimborso (vedi: Cass., sez. un., 29 ottobre 2014, n. 22951; Corte Conti Calabria, sez. giurisdiz., 7 marzo 2011, n. 150; Corte Conti Sicilia, sez. giurisdiz., 4 ottobre 2010, n. 2041).

19.6. Nell'ambito di tale procedura, all'art. 20, comma 6, è stata prevista una "norma generale di salvaguardia per l'ente creditore", stabilendosi che qualora tale ente, nell'esercizio della propria attività istituzionale individui – successivamente al discarico – l'esistenza di significativi elementi reddituali o patrimoniali riferibili agli stessi debitori, può, "a condizione che non sia decorso il termine di prescrizione decennale", sulla base di valutazioni di economicità e delle esigenze operative, riaffidare in riscossione le somme, comunicando all'agente della riscossione i nuovi beni da sottoporre a esecuzione, ovvero le azioni cautelari o esecutive da intraprendere. In questo caso, l'azione dell'agente della riscossione deve essere preceduta dalla notifica dell'avviso di intimazione previsto dal d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 50.

La norma è chiaramente applicabile soltanto alla riscossione fiscale per molteplici ragioni:

a) essa risponde alla medesima logica del precedente art. 19, comma 4, secondo cui "fino al discarico di cui al comma 3", resta salvo, in ogni momento, il potere dell'ufficio creditore di comunicare al concessionario l'esistenza di nuovi beni da sottoporre ad esecuzione e di segnalare azioni cautelari ed esecutive nonché conservative ed ogni altra azione prevista dalle norme ordinarie a tutela del creditore da intraprendere al fine di riscuotere le somme iscritte a ruolo. A tal fine l'ufficio dell'Agenzia delle entrate si avvale anche del potere di cui al d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32, comma 1, n. 7), e d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 51, comma 2, n. 7), (norme che prevedono iniziative di ufficio in materia di accertamento e riscossione, rispettivamente, in materia delle imposte sui redditi e di IVA);
b) fa – utilizzando una espressione ellittica – riferimento al temine di prescrizione decennale, che è quello che si applica ordinariamente all'esercizio del potere di riscossione fiscale (vedi, da ultimo, Cass. 30 giugno 2016, n. 13418 cit.), benché, come si è detto, la Corte costituzionale abbia considerato spesso iniqua per il contribuente l'applicazione di un termine così lungo di prescrizione e abbia anche affermato l'irragionevolezza del trasferimento sul contribuente di termini decadenziali o prescrizionali fissati per attività interne dell'Amministrazione (vedi Corte cost. ord. n. 352 del 2004 e sent. n. 280 del 2005, già citate);
c) nel suo complessivo contenuto risulta incompatibile con il principio di "ordine pubblico" della irrinunciabilità della prescrizione dei contributivi assicurativi in materia di previdenza e assistenza obbligatoria di cui si è detto (vedi: Cass., sez. lav., 15 ottobre 2014, n. 21830; Id. 24 marzo 2005, n. 6340; Id. 16 agosto 2001, n. 11140; Id. 5 ottobre 1998, n. 9865; Id. 6 dicembre 1995, n. 12538; Id. 19 gennaio 1968, n. 131, tutte citate sopra al punto 18.6).

19.7. In sintesi, il suddetto riferimento alla prescrizione decennale, nell'art. 20, comma 6 cit., risulta effettuato sempre in ambito sostanziale e senza alcun possibile riferimento all'art. 2953 c.c., visto che pacificamente viene richiamato con riguardo alla attività amministrativa di riscossione – per la quale, in ambito fiscale, vale, come regola generale, il termine ordinario della prescrizione – nell'ambito di una procedura (di discarico per inesigibilità) del pari di natura pacificamente amministrativa.

20. Per tutte le esposte considerazioni la sentenza impugnata va esente da ogni censura risultando del tutto conforme ai suindicati principi.

Conclusioni.

21. Il ricorso, quindi, deve essere respinto.

22. La questione di massima di particolare importanza sottoposta all'attenzione di queste Sezioni Unite dall'ordinanza di rimessione della sesta sezione civile n. 1799 del 2016 – e la ivi denunziata disarmonia riscontratasi tra le pronunce delle diverse Sezioni semplici di questa Corte – possono, pertanto, risolversi, con l'affermazione dei seguenti principi di diritto:

1) "la scadenza del termine – pacificamente perentorio – per proporre opposizione a cartella di pagamento di cui al d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, art.

24, comma 5, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito contributivo senza determinare anche l'effetto della c.d. "conversione" del termine di prescrizione breve (nella specie, quinquennale secondo la L. n. 335 del 1995, art. 3, commi 9 e 10) in quello ordinario (decennale), ai sensi dell'art. 2953 c.c.. Tale ultima disposizione, infatti, si applica soltanto nelle ipotesi in cui intervenga un titolo giudiziale divenuto definitivo, mentre la suddetta cartella, avendo natura di atto amministrativo, è priva dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato. Lo stesso vale per l'avviso di addebito dell'Inps, che dal 1° gennaio 2011, ha sostituito la cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di detto Istituto (d.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 30, convertito dalla l. n. 122 del 2010)";

2) "è di applicazione generale il principio secondo il quale la scadenza del termine perentorio stabilito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito ma non determina anche l'effetto della c.d. "conversione" del termine di prescrizione breve eventualmente previsto in quello ordinario decennale, ai sensi dell'art. 2953 c.c. Tale principio, pertanto, si applica con riguardo a tutti gli atti – comunque denominati – di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi ad entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché di crediti delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri Enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative e così via. Con la conseguenza che, qualora per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del termine concesso al debitore per proporre l'opposizione, non consente di fare applicazione dell'art. 2953 c.c., tranne che in presenza di un titolo giudiziale divenuto definitivo".

23. Nulla si dispone per le spese del presente giudizio di cassazione, in quanto A.M. e la S. S. s.p.a. sono rimasti intimati.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al d.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, introdotto dalla l. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17.

P.Q.M.

(*Omissis*)

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

sommario

Premessa. – **1.** La questione da risolvere. – **2.** Le caratteristiche del credito a seguito della mancata impugnazione. – **3.** Conclusioni.

Premessa

I giudici della Corte di Cassazione a sezioni unite, con la recentissima sentenza n. 23397 depositata in data 17.11.2016, hanno finalmente preso posizione sulla questione relativa alla prescrizione dei crediti erariali, nell'ipotesi che la parte – destinataria dell'atto di riscossione – non abbia tempestivamente impugnato l'atto medesimo. In altre parole, come meglio si dirà in prosieguo, le Sezioni Unite hanno definitivamente stabilito che le pretese della Pubblica Amministrazione (quali, in genere, i crediti di cui è titolare l'Inps – come nel caso di specie – ovvero l'Inail., nonché l'Agenzia delle Entrate e, altresì, i Comuni e le Regioni) si prescrivono nel termine "breve" di cinque anni, eccetto nei casi in cui la sussistenza del credito non sia stata accertata con sentenza passata in giudicato o a mezzo di decreto ingiuntivo.

1. La questione da risolvere

La decisione della Suprema Corte ha dovuto, preliminarmente, prendere posizione sull'interpretazione dell'art. 2953 c.c. "con riguardo specifico all'operatività o meno della […] conversione del termine prescrizionale breve in quello ordinario decennale" nelle fattispecie originate dalla notifica, nei confronti del cittadino, di "atti di riscossione mediante ruolo o comunque di riscossione coattiva" afferenti crediti statali sia di natura tributaria (Agenzia delle Entrate), che extratributaria (Inps, Inail, Comuni).

In particolare, dopo che la Sesta Sezione civile, con l'ordinanza n. 1799/2016, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, quest'ultime hanno dovuto affrontare un'esigenza primaria, ovvero valutare se la prescrizione breve (5 anni) "sia applicabile anche nelle ipotesi in cui la definitività dell'accertamento del credito derivi da atti diversi rispetto ad una sentenza passata in giudicato".

Come noto, infatti, non sono sporadici i casi in cui il contribuente non impugni giudizialmente un atto accertativo della Pubblica Amministrazione, *in primis* con riferimento agli avvisi di accertamento (compresi quelli "esecutivi", d.l. n. 78/2010, art. 29) emessi e notificati dall'Agenzia delle Entrate e dall'Agenzia delle Dogane; frequenti sono, altresì, il caso degli avvisi di addebito di competenza dell'Inps (d.l. n. 78/2010, art. 30), nonché i provvedimenti esattoriali dell'Ente della riscossione. Ebbene, delle due l'una: o la mancata impugnazione, da parte del contribuente, determina esclusivamente "l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito" oppure, come pure la giurisprudenza anche di merito ha preferito ritenere per anni, tale scelta processuale determina altresì "la conversione del termine di prescrizione breve […] in quello ordinario decennale".

Dunque, a ben vedere, la giurisprudenza di Cassazione ha tradizionalmente mantenuto un orientamento pressocché costante sul punto, ritenendo ammissi-

bile la conversione della prescrizione breve a decennale "soltanto per effetto di sentenza passata in giudicato, oppure di decreto ingiuntivo che abbia acquisito efficacia di giudicato formale e sostanziale" (infra multis, Cass. n. 6628/2006, Cass. n. 1650/2014).

Questo era, come è chiaro, l'orientamento che trovava maggiore riscontro nell'avvocatura e nella dottrina a sostegno del contribuente ma, tuttavia, non sempre a tale pur cospicua giurisprudenza di legittimità seguivano pronunce favorevoli nel merito.

Ad assumere una posizione differente, sul punto, era stata la Sezione Lavoro, la quale – a partire da Cass. 24 febbraio 2014, n. 4338, – ha affermato il principio secondo cui: "una volta divenuta intangibile la pretesa contributiva per effetto della mancata proposizione dell'opposizione alla cartella esattoriale (come avvenuto nel caso di specie), non è più soggetto ad estinzione per prescrizione il diritto alla contribuzione previdenziale di che trattasi e ciò che può prescriversi è soltanto l'azione diretta all'esecuzione del titolo così definitivamente formatosi, riguardo alla quale, in difetto di diverse disposizioni (e in sostanziale conformità a quanto previsto per l'*actio judicati* ai sensi dell'art. 2953 c.c.), trova applicazione il termine prescrizionale decennale ordinario di cui all'art. 2946 c.c.". Il che, come è facilmente immaginabile, ha dato luogo a pronunce non sempre omogenee e, soprattutto, che non sempre mostravano favore per il contribuente.

3. Le caratteristiche del credito a seguito della mancata impugnazione

La sentenza in esame ha, dunque, colto l'occasione per chiarire definitivamente le caratteristiche assunte dal credito a seguito della mancata impugnazione e per affermare che tale credito, seppur definitivo o, rectius, irretrattabile, certo non può essere equiparato al credito derivante da una sentenza o da altro titolo giudiziale. La sentenza in esame ha precisato, infatti, che la omessa impugnazione di un provvedimento accertativo o esattoriale non può concedere, all'atto in oggetto, di acquistare "efficacia di giudicato", giacché i citati atti sono "espressione del potere di autoaccertamento e di autotutela della P.A." (Cass. n. 12263/07, Cass. n. 24449/06, Cass. n. 8335/03). Per tale ragione, l'inutile decorso del termine (seppur perentorio) per proporre opposizione, determina sì la decadenza dell'impugnazione, ma non produce effetti di ordine processuale "con la conseguente inapplicabilità dell'art. 2953 c.c. ai fini della prescrizione".

Per completezza espositiva, seppure in maniera sintetica, è opportuno rappresentare che già la Corte Costituzionale ha avuto occasione di prendere posizione sull'operatività della prescrizione lunga o breve per la riscossione di crediti erariali ai danni del cittadino. Più in particolare, con la sentenza n. 280 del 2005 i giudici costituzionali ebbe modo di osservare come non sia "consentito lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione"; l'arco temporale di potenziale riscossione del credito erariale non può e non deve apparire "certamente eccessivo e irragionevole". Una diversa ricostruzione e/o interpretazione sarebbe apparsa, infatti, lesiva del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost..

4. Conclusioni

In conclusione, la Corte di Cassazione ha affermato, in buona sostanza, i seguenti principi:

- la mancata impugnazione di un avviso di accertamento della Pubblica Amministrazione o di un provvedimento esattoriale dell'Ente della Riscossione determina unicamente la definitività del credito statale (non più confutabile in futuro, eccetto le ipotesi di vizio di notifica dell'atto originario);
- la cd. definitività del credito non determina, tuttavia, "anche l'effetto della c.d. conversione del termine di prescrizione breve […] in quello ordinario decennale, ai sensi dell'art. 2953 c.c.";
- la trasformazione da prescrizione quinquennale in decennale si perfeziona soltanto con l'intervento del "titolo giudiziale divenuto definitivo" (sentenza o decreto ingiuntivo); per esempio, la cartella esattoriale, l'avviso di addebito dell'Inps e l'avviso di accertamento dell'Amministrazione finanziaria costituiscono – per propria natura incontrovertibile – semplici atti amministrativi di autoformazione e pertanto sono privi dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato.

Pietro Sorrentino
Avvocato

Sul diritto dei nipoti non conviventi con la vittima dell'illecito al risarcimento dei danni da perdita del rapporto affettivo.
Nota a Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230

abstract

The Supreme Court recognizes the recoverability of the loss of the affective relationship grandparent/grandchildren even in the event that they were not living together before the event lethal.

keywords

Damage from loss of a kinsman, cohabitation, not necessary.

abstract

La Corte di Cassazione riconosce la risarcibilità della perdita del rapporto affettivo nonno/nipoti anche nelle ipotesi in cui non fossero conviventi prima dell'evento mortale.

parole chiave

Danni da perdita di un congiunto, convivenza, non necessaria.

Perdita del rapporto parentale – nipoti non conviventi – diritto al risarcimento – riconoscimento

In tema di danno da perdita del rapporto parentale, la convivenza non costituisce un limite al diritto al risarcimento, ma assurge ad elemento probatorio utile, unitamente ad altri elementi, a dimostrare l'ampiezza e la profondità del vincolo affettivo che lega tra loro i parenti ai fini del quantum debeatur.

Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230
Pres. Spirito, Rel. Scrima

(*Omissis*)

Ritenuto in fatto

G.F., P.A.M. e P.B.M. hanno proposto ricorso, basato su otto motivi, avverso la sentenza della Corte di appello di Roma, depositata il 9 ottobre 2012, di rigetto del gravame proposto avverso la sentenza del Tribunale capitolino con cui era stata rigettata la domanda, dalle stesse proposta, di risarcimento dei darmi loro determinati dal decesso della nonna, S.C., avvenuta a seguito di un sinistro stradale, allorché la S. si trovava, quale trasportata, a bordo dell'auto Fiat Punto condotta da suo marito, M.P., e assicurata dalla Nuova Tirrena S.p.a., ora Groupama Assicurazioni S.p.a.

La predetta società assicuratrice ha resistito con controricorso, illustrato da memoria.

L'intimato M.P.A. non ha svolto attività difensiva in questa sede.

Motivi della decisione

Con il primo motivo si lamenta 'violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2043 e 2059 c.c. e degli artt. 2, 29, 31 e 32 Cost., sotto il profilo di cui all'art. 360, n. 3 c.p.c.'.

Le ricorrenti censurano la sentenza della Corte di merito nella parte in cui ha ritenuto, in applicazione del principio di diritto affermato da Cass. 16/03/2012, n. 4253, e, quindi, successivamente all'introduzione sia del giudizio di primo grado sia di secondo grado, secondo cui il risarcimento da fatto illecito a soggetti estranei al ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero o la nuora) è necessario che sussista una situazione di convivenza.

Sostengono le ricorrenti, richiamando al riguardo un diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità (e, tra le altre, in particolare la sentenza di questa Corte del 15/07/2005, n. 15019) che 'la morte di un congiunto, conseguente a fatto illecito, configura per i superstiti del nucleo familiare un danno non patrimoniale diretto ed ingiusto, costituito dalla lesione di valori costituzionalmente protetti e di diritti umani inviolabili, quali la perdita di affetti e di solidarietà inerenti alla famiglia come società naturale' e che tale danno, 'incidendo esclusivamente sulla psicologia, sugli affetti e sul legame parentale esistente tra la vittima dell'atto illecito e i superstiti, non è riconoscibile se non attraverso elementi indiziari e presuntivi che, opportunamente valutati, con il ricorso ad un criterio di normalità, possano determinare il convincimento del giudice in ordine alla sussistenza di un bene ledo)

e da tutelare (quello derivante del vincolo familiare), senza che un requisito in via esclusiva o condizionante a coabitazione), ne determini la sussistenza o meno', 'dovendosi… considerare come il legame familiare – tutelato a livello costituzionale – non possa..., legarsi necessariamente alla convivenza, quasi che in assenza di questa se ne possa negare il valore', e che 'anzi, proprio la sussistenza di frequentazione e di normali rapporti, anche in assenza di coabitazione, lascia intendere come sia rimasto intatto, e come si sia rafforzato nel tempo, il legame affettivo e parentale tra i prossimi congiunti'. Assumono peraltro le ricorrenti che le tabelle applicate dai vari Tribunali, tra cui quello di Roma, considerano la convivenza quale 'requisito per ottenere un punteggio maggiore' ai fini della quantificazione dei danni e non 'una condizione necessaria al ristoro'.

1.1. Il motivo è fondato.

La Corte di merito ha ritenuto infondato l'appello proposto in relazione al mancato risarcimento del danno iure proprio subito dalle nipoti della vittima per un duplice ordine di ragioni. Da una parte, richiamandosi al principio affermato da Cass. 4253/2012, ha evidenziato che, nella specie, le nipoti non erano conviventi con la vittima; dall'altra, ha pure condiviso il rilievo del primo giudice, secondo cui 'se è pur vero che la cerchia dei soggetti legittimati a rivendicare la qualifica di vittime secondarie non è limitabile in astratto e aprimi, pur tuttavia occorre sottolineare come nella suddetta cerchia devono necessariamente rientrare esclusivamente quei soggetti che provino di aver subito un effettivo danno dalla perdita del proprio congiunto, dovendosi verificare in ciascun caso concreto se ricorrano i presupposti per il risarcimento, vale a dire l'effettivo verificarsi di un danno in capo ai suddetti soggetti', che a tale riguardo 'gli elementi fattuali da prendere in considerazione sono gli stessi validi per le altre categorie di congiunti, vale a dire la effettività e la consistenza della relazione, la intensità della stessa desunta dalle modalità di frequentazione e da ogni altro significativo indice del rapporto e della incidenza della perdita', e che, nel caso di specie, dalla documentazione, in atti non è emerso alcun elemento volto a far ritenere l'effettiva sussistenza di una frequentazione assidua con la defunta nonna, né tanto meno che tra le stesse (attuali ricorrenti) e quest'ultima esistesse una relazione nell'ambito del contesto familiare o, quanto meno un concreto valido e reale supporto morale, non convivendo, peraltro, le ricorrenti con il proprio congiunto', ha affermato che le appellanti non hanno dimostrato di aver effettivamente subito un danno dalla perdita della nonna, sulla base degli elementi fattuali evidenziati dal Tribunale, e ha considerato inammissibili le prove costituende di cui le appellanti avevano chiesto l'ammissione in grado di appello, perché non reiterate in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado, specificando che né nelle note conclusive antecedenti l'udienza di discussione né in sede di udienza di discussione erano state riproposte le istanze istruttorie che il primo giudice non aveva ammesso con l'ordinanza in data 31 marzo 2010.

Per quanto attiene alla prima *ratio decidendi* cui si riferisce il motivo all'esame, osserva il Collegio che non può essere condiviso l'orientamento restrittivo della giurisprudenza di legittimità da ultimo ribadito con la sentenza richiamata dalla stessa decisione impugnata e secondo cui il fatto illecito, costituito dall'uccisione del congiunto, dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nella perdita del rapporto parentale, allorché colpisce soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela, la cui estinzione lede il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che caratterizza la vita familiare nucleare; perché, invece, possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei a tale ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero, o la nuora) è necessario che sussista una situazione di convivenza, in quanto connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela, anche allargate, contraddistinte da reciproci legami affettivi, pratica della solidarietà e sostegno economico, solo in tal modo assumendo rilevanza giuridica il collegamento tra danneggiato primario e secondario, nonché la famiglia intesa come luogo in cui si esplica la personalità di ciascuno, ai sensi dell'art. 2 Cost. (Cass. 16 marzo 2012, n. 4253).

Se è infatti innegabile che – come pure si evince dalla sentenza del 2012 – occorre conciliare il diritto del superstite alla tutela del rapporto parentale 'con l'esigenza di evitare il pericolo di una dilatazione ingiustificata dei soggetti danneggiati secondari', tuttavia non ritiene il Collegio che 'il dato esterno ed oggettivo della convivenza' possa, come invece affermato nella già richiamata pronuncia, essere elemento idoneo 'a bilanciare' le evidenziate contrapposte esigenze e che, quindi, nell'ambito del danno non patrimoniale per la morte di un congiunto, il rapporto nonni-nipoti debba essere ancorato alla convivenza per essere giuridicamente qualificato e rilevante, con esclusione nel caso di non sussistenza della convivenza, della possibilità di provare in concreto l'esistenza di rapporti costanti e caratterizzati da reciproco affetto e solidarietà con il familiare defunto. Al riguardo va evidenziato che le sentenze n. 8827 e a 8828 del 31/05/2003 hanno ridefinito, rispetto alle opinioni tradizionali, presupposti e contenuti del risarcimento del danno non patrimoniale e la lettura, costituzionalmente orientata, data da dette sentenze all'art. 2059 c.c. è stata condivisa e fatta propria da Cass., sez. un., 11/1172008, n. 26972 che tale lettura ha pure espressamente 'completato' nei termini specificati in quella pronuncia. In particolare nella sentenza del 2008 le Sezioni Unite di questa Corte, in virtù del principio della tutela minima ri-

sarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, hanno esteso la tutela ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione e, per effetto di tale estensione, hanno ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c., anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) con la precisazione che il danno non patrimoniale da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto consiste nella privazione di un valore non economico, ma personale, costituito della irreversibile perdita del godimento del congiunto dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare; perdita, privazione e preclusione che costituiscono conseguenza della lesione dell'interesse protetto (v. in particolare sentenze n. 8827 e n. 8828/2003). Le Sezioni Unite di questa Corte, con tutte le sentenze sopra richiamate, hanno precisato che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato, neppure potendo condividersi la tesi che trattasi di danno in re ipsa, sicché dovrà al riguardo farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva.

In tale contesto risulta non condivisibile limitare la 'società naturale' della famiglia cui fa riferimento l'art. 29 della Costituzione all'ambito ristretto della sola cd. 'famiglia nucleare', incentrata su coniuge, genitori e figli, e non può ritenersi – dissentendo sul punto da Cass. n. 4253/14 – che le disposizioni civilistiche che specificamente concernono i nonni non siano tali 'da poter fondare un rapporto diretto, giuridicamente rilevante, tra nonni e nipoti 'ma piuttosto individuino 'un rapporto mediato dai genitori-figli o di supplenza dei figli', evidenziandosi, a tale riguardo, che il nostro ordinamento non solo include i discendenti in linea retta tra i parenti (art. 75 c.c.) e riconosce tra nonni e nipoti uno stretto vincolo di parentela (v. art. 76 c.c., quanto al computo dei gradi) ma prevede nei confronti dei discendenti e viceversa una serie di diritti, doveri e facoltà – il cui elenco non è il caso di riprodurre in questa sede, salvo a richiamare, per la sua emblematicità ai fini che qui interessano, l'art. 317-*bis* c.c., secondo cui gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, con la possibilità per i predetti di ricorrere al giudice nel caso in cui l'esercizio di tale diritto sia impedito – da cui risulta l'innegabile rilevanza anche giuridica, oltre che affettiva e morale, di tale rapporto.

Neppure risulta condivisibile l'affermazione contenuta nella sentenza n. 4253 del 2014 di questa Corte, alla quale si è espressamente richiamata la decisione impugnata e secondo cui, affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale di soggetti al di fuori della famiglia nucleare (nonni, nipoti, genero, nuora), è necessaria la convivenza, 'quale connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico', in quanto non ritiene il Collegio che solo in caso di convivenza 'il rapporto assum(a) rilevanza giuridica ai fini della lesione del rapporto parentale, venendo in rilievo la comunità familiare come luogo in cui, attraverso la quotidianità della vita, si esplica la personalità di ciascuno', atteso che in tal modo si esclude a priori il diritto del nipote non convivente al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale sulla base di un elemento estrinseco, transitorio e del tutto casuale quale è quello della convivenza, di per sé poco significativo, ben potendo ipotizzarsi convivenze non fondate su vincoli affettivi ma determinate da necessità economiche, egoismi o altro e non convivenze determinate da esigenze di studio o di lavoro o non necessitate da bisogni assistenziali e di cura ma che non implicano, di per sé, carenza di intensi rapporti affettivi o difetto di relazioni di reciproca solidarietà.

Peraltro, con sentenze successive alla n. 4253 del 16/03/2012, questa Corte ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale in favore del coniuge ancorché separato legalmente, purché si accerti che l'altrui fatto illecito abbia provocato quel dolore e quelle sofferenze morali che solitamente si accompagnano alla morte di una persona cara, pur essendo necessario a tal fine dimostrare che, nonostante la separazione, sussistesse ancora un vincolo affettivo particolarmente intenso (Cass. 17/01/2013, n. 1025), e ha pure precisato che lo status di separato – connettendosi alla sua non definitività e alla possibile ripresa della comunione familiare, oltre che, comunque, alla pregressa esistenza di un rapporto di coniugio nei suoi aspetti spirituali e materiali, e alla eventuale esistenza di figli – non è in astratto incompatibile con la posizione di danneggiato secondario (Cass. 12/11/2013, n. 25415), così ponendo l'accento sulla lesione alla sfera affettiva familiare a prescindere dalla convivenza, in relazione a soggetto ormai di fatto in posizione eccentrica rispetto alla famiglia nucleare. Inoltre, va pure rimarcato che ancorare il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale alla convivenza tra il congiunto non ricompreso nella cd. famiglia nucleare e la vittima potrebbe essere foriero di un automatismo risarcitorio sicuramente da bandire.

Se dunque la convivenza non può assurgere a connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali ovvero a presupposto dell'esistenza del diritto in parola, la stessa costituisce elemento probatorio utile, unitamente ad altri elementi, a dimostrare l'ampiezza e la profondità del vincolo affettivo che lega tra loro i parenti e a determinare anche il *quantum debeatur.*

Va da sé che ad evitare quanto già paventato da questa Corte (dilatazione ingiustificata dei soggetti danneggiati secondari e possibilità di prove compiacenti) è sufficiente che sia fornita la prova rigorosa degli elementi idonei a provare la lamentata lesione e l'entità dei danni (v. Cass. 22 ottobre 2013, n. 23917; Cass. 21 gennaio 2011, n. 1410) e che tale prova sia correttamente valutata dal giudice.

Con il secondo motivo si lamenta 'violazione e/o falsa applicazione dell'art. 420 (e) c.p.c., sotto il profilo di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c.'. Le ricorrenti censurano la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte territoriale ha ritenuto inammissibili in appello le richieste istruttorie da loro formulate in quanto non reiterate in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado né nelle note conclusive antecedenti l'udienza di discussione né in sede di udienza di discussione, istanze che il primo giudice non aveva ammesso con l'ordinanza in data 31 marzo 2010. Evidenziano le ricorrenti che trattasi di causa introdotta e trattata con il rito del lavoro, nel quale non è prevista un'udienza di precisazione delle conclusioni ma un'udienza di discussione e che, pertanto, non sarebbe applicabile la ('A giurisprudenza di legittimità richiamata dalla Corte di merito a fondamento della sua statuizione sul punto e che comunque il Tribunale, con la già richiamata ordinanza, aveva disatteso le istanze istruttorie in parola sul rilievo che non fosse in contestazione l'an ma esclusivamente la quantificazione dei danni di cui era stato chiesto il risarcimento.

2.1. Il motivo, che avrebbe dovuto essere correttamente veicolato con l'art. 360, primo comma, n 4, c.p.c., è comunque ammissibile (Cass. ord., 20/02/2014, n. 4036; Cass. 29708/2013, n. 19882) ed è pure fondato, dovendosi al riguardo ribadire il principio, già affermato da questa Corte, secondo cui, nelle controversie soggette al rito del lavoro, la parte, la cui prova non sia stata ammessa nel giudizio di primo grado, deve dolersi di tale mancata ammissione attraverso un apposito motivo di gravame, senza che possa attribuirsi significato di rinuncia o di acquiescenza al fatto di non aver ripetuto l'istanza di ammissione nelle conclusioni di primo grado, in quanto non essendo previste, in detto rito, udienze di mero rinvio o di precisazione delle conclusioni, ogni udienza è destinata alla decisione e, pertanto, qualora le parti abbiano tempestivamente articolati mezzi di prova nei rispettivi atti introduttivi, il giudice non può desumere l'abbandono delle istanze istruttorie dalla mancanza di un'ulteriore richiesta di ammissione nelle udienze successive alla prima (Cass. 27 febbraio 2014, n. 4717; v. pure Cass. 26 febbraio 2008, n. 5026, Cass. 18 giugno 2003, n. 9791, Cass. 12 dicembre 1980, n. 6422).

Con il terzo motivo, lamentando 'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in relazione all'art. 115 cpc', le ricorrenti deducono che 'le circostanze relative all'intensità della frequentazione' tra esse e la nonna, 'al supporto morale esistente tra le stesse, alla convivenza parziale, all'affetto reciproco, al tempo passato insieme, alle attività svolte in comune', già indicate nel ricorso introduttivo del primo grado e riportate nel ricorso e in parte documentalmente provate, non sarebbero mai state contestate dalla controparte e malgrado ciò la Corte di merito avrebbe omesso di porre a fondamento della decisione tali fatti non contestati.

3.1. Il motivo è infondato, avendo le ricorrenti dedotto genericamente tale non contestazione ed avendo invece la controricorrente fondatamente rappresentato di aver contestato il difetto di prova in relazione alla voce di danno di cui si discute.

L'esame dei motivi quarto e quinto, con cui si contesta la statuita inammissibilità delle istanze istruttorie reiterate in appello dalle attuali ricorrenti, resta assorbito dall'accoglimento del secondo motivo.

Con il sesto motivo e il settimo motivo si lamenta la 'nullità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c.', rispettivamente in relazione ai nn. 3 e 4 dell'art. 360, primo comma, c.p.c., per non aver né il Tribunale né la Corte di merito pronunciato sulla domanda volta all'accertamento della responsabilità esclusiva nel sinistro di cui si discute in causa in capo a M.P.A.

5.1. I motivi sesto e settimo vanno disattesi.

Ed invero, non è configurabile il vizio di omessa pronuncia nel caso all'esame in base al principio secondo cui una domanda sulla quale il giudice non abbia espressamente provveduto può considerarsi accolta con pronuncia implicita ove costituisca il presupposto di fatto e l'antecedente logico – giuridico necessario di altra istanza, legata alla prima da un indissolubile rapporto di dipendenza, sulla quale invece egli abbia deciso (Cass. 5/04/2005, n. 7086). Si evidenzia che, nella specie, la Corte di merito ha rigettato l'appello ritenendo infondato il motivo di gravame relativo al mancato risarcimento iure proprio subito dalle nipoti della vittima per le ragioni già sopra espresse e inammissibile l'impugnazione inerente il mancato riconoscimento del danno *iure hereditatio* (questione quest'ultima non oggetto del ricorso per cassazione all'esame) per genericità e non per difetto di responsabilità del conducente dell'auto, M.P.A., nella causazione del sinistro di cui si discute in causa, responsabilità, peraltro, espressamente ammessa anche in controricorso dalla società assicuratrice, la quale ha pure spontaneamente risarcito M.P. , figlia della trasportata deceduta, S.C. .

L'esame dell'ottavo motivo di ricorso, con cui si impugna la statuizione della Corte di merito in relazione alle spese di lite, resta assorbito.

In conclusione, il ricorso deve essere, pertanto, accolto per quanto di ragione e, specificamente, vanno accolti il primo e il secondo motivo del ricorso, vanno rigettati i motivi terzo, sesto e settimo e dichiarati assorbiti i motivi quarto, quinto e ottavo; la senten-

za impugnata va cassata in relazione ai motivi accolti e la causa va rinviata, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, che si atterrà ai principi di diritto sopra espressi.

P.Q.M.

(*Omissis*)

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

sommario

Premessa. – **1.** Danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito del danno non patrimoniale. – **2.** Legittimati attivi e presupposti della richiesta: frammentazione delle posizioni e diversi orientamenti. – **3.** La decisione della Corte di Cassazione.

Premessa

Con la sentenza in esame la Suprema Corte di Cassazione torna ad occuparsi di un tema assai dibattuto costituito dal risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale e dei soggetti legittimati attivi a richiederlo. In particolare la Suprema Corte si è soffermata sulla possibilità di ristorare il danno subito dalla perdita di una nonna, pur nell'ipotesi in cui non convivesse in vita coi nipoti pretesi danneggiati.

1. Danno da perdita del rapporto parentale: natura ed onere probatorio

Al fine di comprendere a pieno la sentenza in esame occorre innanzitutto chiare cosa s'intende per danno "da perdita del rapporto parentale". Per l'identificazione e definizione di tale fattispecie di danno è possibile rifarsi alla definizione che ne fa la Corte di Cassazione per la quale si concretizza «nel vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nel non poter più fare ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti»[1].

Del vero da tempo oramai dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la morte di una persona cara provochi, nei congiunti, un danno non patrimoniale risarcibile anche quando la sofferenza patita non degeneri in danno alla salute (fisica o psichica), degenerazione della quale si deve altrimenti tenere conto nella quantificazione del risarcimento del danno biologico avendo lo stesso natura unitaria ed omnicomprensiva[2].

Ricordiamo che le Sezioni Unite, con la notissima sentenza 26972/2008[3], pur escludendo un'autonoma figura di danno "esistenziale", avevano riconosciuto la risarcibilità del "danno da lesione del rapporto parentale", in quanto diritto protetto dalla Costituzione. Danno morale e danno alla vita di relazione rispondono, secondo la Corte, «a prospettive diverse di valutazione del medesimo evento lesivo» che può provocare «conseguenze alla salute medicalmente accertabili, un dolore interiore ed un'alterazione della vita quotidiana», situazioni «diverse ma tra loro collegate».

Il danno parentale consiste, dunque, nella privazione di un valore non economico, ma personale che va al di là del crudo dolore che la morte in sé di una persona cara provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, costituito dalla irreversibile perdita del godimento del congiunto, dalla definiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare. Viene valutato il vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti.

Stante tale qualificazione, va da sé che l'attore nel giudizio di risarcimento del danno da perdita parentale, ha sempre l'onere di circostanziare e provare analiticamente quello sconvolgimento radicale nella vita dei superstiti, tale da incidere gravemente sulle abitudini di vita, radicalmente mutate in *pejus*[4].

2. Legittimati attivi e presupposti della richiesta: frammentazione delle posizioni e diversi orientamenti

In tema di identificazione dei soggetti legittimati a richiedere tale tipo di danno, nulla questio segnatamente ai soggetti legati da uno strettissimo rapporto di parentela con la vittima quali moglie o marito, figli, padre e madre. Diversa lettura merita il rapporto tra fratelli e sorelle per i quali possono esservi eccezioni così come indicato dalla Suprema Corte secondo cui, la morte di un fratello mai conosciuto dagli altri congiunti, rappresenta morte di uno sconosciuto con la conseguenza che il danno da perdita di rapporto parentale assume dimensione virtuale e non reale[5].

Di contro, problematiche maggiori sorgono per quei soggetti i quali, dall'evento morte di una persona cara, ben possono subire dei danni *iure proprio* per così dire di riflesso, ma che non fanno parte della famiglia

[1] Cass. civ., sez. III, 09 maggio 2011, n. 10107; cfr. Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546.

[2] Cass. civ., sez. III, 09 dicembre 2010, n. 24864.

[3] Cass., sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972.

[4] Cass. civ., sez. III, 22 agosto 2013, n. 19402; Cass. pen, sez. IV, 11 aprile 2016, n. 14768.

[5] Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23917.

c.d. nucleare quali nonni, nipoti e persone legate alla vittima dell'illecito da relazioni sentimentali. Nello specifico, in questi anni il dibattito giurisprudenziale è ruotato intorno all'esigenza o meno del requisito della convivenza quale presupposto della richiesta risarcitoria.

Ad esempio, per quei soggetti legati alla vittima dell'illecito da relazioni sentimentali stabili e durature, che pur potendo in astratto subire un danno *iure proprio* dalla perdita totale della persona amata tuttavia non sono legati da un vincolo di parentela, sino ad oggi la giurisprudenza ha inteso tutelare soltanto la posizione dei conviventi *more uxorio*, situazione in cui la coabitazione è caratterizzata da legami affettivi fra i partners e da una stabile organizzazione comune e riconosciuta già a vari livelli dall'ordinamento italiano. In particolare i Giudici di Piazza Cavour hanno avuto modo di precisare che «Anche al convivente more uxorio spetta il risarcimento del danno non patrimoniale, in seguito alla morte del proprio caro, purché venga fornita, con qualsiasi mezzo, la prova dell'esistenza e della durata di una comunanza di vita e di affetti e di una vicendevole assistenza morale e materiale, cioè di una relazione di convivenza avente le stesse caratteristiche di quelle dal legislatore ritenute proprie del vincolo coniugale.»[6].

Posizione ancora diversa riguarda le figure dei nonni e dei nipoti. Difatti, fermo restando l'indubbio legame di parentela, al fine dell'esistenza del diritto al risarcimento del danno da perdita parentale la giurisprudenza si è divisa circa l'esigenza che l'istante richiedente fosse, al momento del decesso della vittima, convivente con lo stessa.

Sul punto si sono sviluppati due orientamenti diversi: il primo, con origine più risalente nel tempo[7], ritiene essere sempre necessaria la convivenza e collega la risarcibilità, oltre che all'esistenza del rapporto di parentela, alla perdita di un effettivo e concreto sostegno morale ed economico così da non dilatare eccessivamente la platea dei soggetti risarcibili. Tale orientamento è stato di recente ribadito dalla Suprema Corte che con un arresto del 2012 ha sostenuto «deve ritenersi che il fatto illecito, costituito dalla uccisione del congiunto, dà luogo a danno non patrimoniale, consistente nella perdita del rapporto parentale, quando colpisce soggetti legati da un vincolo parentale stretto, la cui estinzione lede il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la vita familiare nucleare. Mentre, affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale di soggetti al di fuori di tale nucleo (nonni, nipoti, genero, nuora) è necessaria la convivenza, quale connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico.»[8].

Diverso orientamento al contrario non differenzia la posizione dei nipoti rispetto agli stretti congiunti (coniuge, genitori, figli) ed individua il fondamento del danno non patrimoniale, per tutti i superstiti, nella lesione di valori costituzionalmente protetti e di diritti umani inviolabili, costituendo, la perdita dell'unità familiare, perdita di affetti e di solidarietà inerenti alla famiglia come società naturale trovante tutela negli artt. 2 e 29 della Costituzione. In sintesi si ritiene sufficiente l'emersione, sul piano probatorio, di "normali rapporti" che, specie in assenza di coabitazione, lasciano intendere come sia rimasto intatto, ovvero si sia rafforzato nel tempo, il legame affettivo e parentale tra prossimi congiunti. Viene escluso, dunque, che l'assenza di coabitazione possa essere considerata elemento decisivo, essendo tale assenza imputabile a circostanze di vita che non escludono il permanere di vincoli affettivi e la vicinanza psicologica con il congiunto deceduto[9] .

3. La decisione della Corte di Cassazione

Con la sentenza in esame gl'Ermellini, chiamati ad occuparsi di una richiesta di risarcimento di danni da perdita parentale formulata dai nipoti non conviventi con la nonna vittima dell'illecito, hanno effettuato un vero e proprio revirement rispetto alla propria precedente statuizione del 2012 optando, al contrario, per il secondo dei due orientamenti indicati al punto precedente.

Per la Suprema Corte non può essere condiviso il precedente orientamento restrittivo, da ultimo ribadito con la richiamata sentenza n. 4253 del 16 marzo 2012, non essendo corretto limitare la "società naturale" della famiglia, cui fa riferimento l'art. 29 della Costituzione, all'ambito ristretto della sola cd. "famiglia nucleare" incentrata su coniuge, genitori e figli.

D'altronde, aggiunge la Corte, le disposizioni civilistiche che specificamente concernono i nonni non depongono per una soluzione contraria, ma piuttosto individuano "un rapporto mediato dai genitori-figli o di supplenza dei figli", non solo includendo i discendenti in linea retta tra i parenti (art. 75 c.c.) e riconoscendo tra nonni e nipoti uno stretto vincolo di parentela (v. art. 76 c.c., quanto al computo dei gradi), ma prevedendo altresì nei confronti dei discendenti e viceversa una serie di diritti, doveri e facoltà. Quale esempio di tali diritti, per la sua emblematicità, i Giudici richiamano poi l'art. 317-*bis* c.c. – secondo cui gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, con la possibilità per i predetti di ricorrere al giudice nel caso in cui l'esercizio di tale diritto sia impedito – dal quale risulta l'inne-

[6] Cass. civ., sez. III, 07 giugno 2011, n. 12278.
[7] Cass. civ., 23 giugno 1993, n. 6938.
[8] Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4253.
[9] Cass. civ., 15 luglio 2005, n. 15019 cfr. Tribunale di Rimini, sentenza del 17 giugno 2014.

gabile rilevanza anche giuridica, oltre che affettiva e morale, di tale rapporto.

A fondamento della propria motivazione, i Giudici rilevano inoltre che, con sentenze successive alla n. 4253/2012, la stessa Cassazione aveva riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale in favore del coniuge ancorché separato legalmente, pur essendo necessario a tal fine dimostrare che, nonostante la separazione, sussistesse ancora un vincolo affettivo particolarmente intenso[10], precisando che lo status di separato – connettendosi alla sua non definitività e alla possibile ripresa della comunione familiare, oltre che, comunque, alla pregressa esistenza di un rapporto di coniugio nei suoi aspetti spirituali e materiali, e alla eventuale esistenza di figli – non è in astratto incompatibile con la posizione di danneggiato secondario[11]. La stessa Corte di Cassazione, pertanto, aveva già posto l'accento sulla lesione alla sfera affettiva familiare a prescindere dalla convivenza.

Su tali premesse i Giudici di legittimità hanno espresso il seguente principio di diritto «Ancorare il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale alla convivenza tra il congiunto non ricompreso nella cd. famiglia nucleare e la vittima potrebbe essere foriero di un automatismo risarcitorio sicuramente da bandire. Se, dunque, la convivenza non può assurgere a connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali ovvero a presupposto dell'esistenza del diritto in parola, la stessa costituisce elemento probatorio utile, unitamente ad altri elementi, a dimostrare l'ampiezza e la profondità del vincolo affettivo che lega tra loro i parenti e a determinare anche il *quantum debeatur*».

[10] Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2013, n. 1025.
[11] Cass. civ., sez. III, 12 novembre 2013, n. 25415.

Azione revocatoria fallimentare – Esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall. – pagamenti effettuati "nei termini d'uso" – Nozione

La prima sezione civile della Corte di cassazione, pronunciandosi in tema di azione revocatoria fallimentare e per la prima volta sull'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), l.fall., ha affermato che con l'espressione «pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso» il legislatore ha inteso riferirsi esclusivamente al rapporto diretto tra le parti, dando rilievo al mutamento dei termini, da intendersi non solo come tempi, ma anche come complessive modalità di pagamento.

Cass. civ., sez. I, 07 dicembre 2016, n. 25162, Pres. Nappi, Rel. Di Virgilio

Concordato preventivo con cessione dei beni – Beni sottoposti a sequestro penale preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria – Inammissibilità della proposta per difetto di fattibilità giuridica – Sussistenza – Fondamento

È senz'altro inammissibile la proposta di concordato preventivo con cessione dei beni per carenza del necessario requisito della fattibilità giuridica, allorquando sia stato disposto, da parte del giudice penale, il sequestro preventivo degli stessi (in tutto o in parte), destinato, secondo il regime del d.lgs. n. 231 del 2001, alla confisca, essendo sottratto al giudice civile il potere di sindacare la legittimità del provvedimento.

Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2016, n. 26329, Pres. Nappi, Rel. Terrusi

Contestazioni alla c.t.u.: ammissibili anche se contenute in un parere tecnico depositato con la comparsa conclusionale

Le contestazioni alla consulenza tecnica di ufficio sollevate dalle parti e non integranti eccezioni di nullità relative al suo procedimento, come tali disciplinate dagli artt. 156 e 157 c.p.c., costituiscono argomentazioni difensive che, sebbene non di carattere tecnico giuridico, possono essere svolte nella comparsa conclusionale sempre che non introducano in giudizio nuovi fatti costitutivi, modificativi od estintivi, nuove domande o eccezioni o nuove prove, e che il breve termine a disposizione per la memoria di replica, non si traduca nella violazione del principio del contradditorio.

È, dunque, ammissibile il deposito di una consulenza di parte con la comparsa conclusionale trattandosi una mera allegazione difensiva di natura tecnica, la cui produzione non rientra nel divieto di cui all'art. 345 c.p.c..

L'esposizione di argomenti critici a confutazione della c.t.u. solo in comparsa conclusionale sarà valutata dal giudice come ogni altra condotta delle parti e dei loro difensori, caso per caso, sotto la lente dell'obbligo di correttezza e buona fede processuale.

Cass. civ., sez. I, 26 luglio 2016, Pres. Ragonesi, Rel. Nazzicone

Esdebitazione: i soci di una società estinta, già ammessa al passivo ante d.lgs. n. 5 del 2006, devono insinuarsi *ex novo*

In tema di esdebitazione il beneficio della inesigibilità verso il fallito persona fisica dei debiti residui, nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, richiede che vi sia stato il soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, dovendosi intendere realizzata tale condizione, in un'interpretazione costituzionalmente orientata e coerente con il "favor" per l'istituto, anche quando taluni di essi non siano stati pagati affatto.

Nel caso di procedura fallimentare anteriore alla riforma ex d.lgs. n. 5 del 2006, i soci che sono succeduti nella titolarità di un credito ammesso al passivo fallimentare alla società estinta, debbono insinuarsi ex novo al passivo, in caso contrario non possono essere considerati litisconsorti necessari nel giudizio di esdebitazione.

Cass. civ., sez. I, 08 agosto 2016, Pres. Nappi, Rel. Di Virgilio

Fallimento - Sequestro preventivo antimafia del patrimonio sociale - Sentenza dichiarativa di fallimento - Ammissibilità

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

Cass. civ. sez. I, 12 gennaio 2017, n. 608, Pres. Nappi, Rel. Ferro

Irragionevole durata del processo penale – Istanza di accelerazione introdotta dalla l. n. 134 del 2012 – Processi pendenti anteriormente all'entrata in vigore della norma – Applicabilità – condizioni

In tema di irragionevole durata del processo penale, la condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione, costituita dall'istanza di accelerazione prevista dall'art. 2, comma 2-quinquies, lett. e), della l. n. 89 del 2001, introdotta dalla l. n. 134 del 2012, non si applica alle domande relative ai procedimenti penali che, alla data di entrata in vigore della norma, avevano già superato la durata ragionevole di cui all'art. 2-bis della l. n. 89.

Cass. civ., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 23448, Pres. Petitti, Rel. Petitti

Irragionevole durata del processo presupposto in cui sia sollevata questione di legittimità costituzionale - Diritto all'equa riparazione - Sussistenza – Condizioni

Il diritto all'equa riparazione va riconosciuto, nella ricorrenza delle condizioni cui è subordinato il conseguimento dell'indennizzo, anche in favore della parte che, nel processo presupposto, abbia sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina applicabile, limitatamente alla parte di detto giudizio svoltasi anteriormente alla dichiarazione di non fondatezza della questione.

Cass. civ., sez. VI, 05 dicembre 2016, n. 24743, Pres. Rel. Petitti

Legge regionale – Illegittimità costituzionale per violazione di potestà legislativa statale – Responsabilità della Regione – Insussistenza – Fondamento

In caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di legge regionale, per violazione della potestà legislativa esclusiva statale, non è ipotizzabile alcun danno risarcibile, a somiglianza di quanto previsto per la responsabilità dello Stato italiano in caso violazione del diritto dell'Unione europea, non essendo, nella specie, ravvisabile quella distinzione tra ordinamenti – con prevalenza di quello europeo sul nazionale – che costituisce il fondamento di tale ipotesi di responsabilità.

Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730, Pres. Di Amato, Rel. Di Amato

Normativa antiriciclaggio - Intermediario preesistente al d.l. n. 143 del 1991 - Abilitazione allo svolgimento di operazioni extra soglia in denaro contante - Condizioni.

A seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 143 del 1991 (qui applicabile "ratione temporis"), non è sufficiente, per lo svolgimento di operazioni extra soglia in denaro contante, che gli intermediari preesistenti ad esso ed esercenti le attività di cui all'art. 6, commi 2 e 2-bis, del citato decreto, effettuino all'U.I.C. la comunicazione ai sensi del successivo art. 6, comma 4-bis, occorrendo all'uopo, invece, uno specifico decreto ministeriale abilitativo, ex art. 4, comma 2.

Cass. civ., sez. II, 09 gennaio 2017, n. 192, Pres. Petitti, Rel. Cosentino

Opposizione ante d.lgs. n. 40 del 2006 - Cassazione con rinvio al tribunale, in primo ed unico grado - Sentenza conclusiva della fase di rinvio, depositata successivamente al 2 marzo 2006 - Ricorribilità per cassazione

In materia di opposizione a sanzione amministrativa, proposta "ex lege" n. 689 del 1981 anteriormente al d.lgs. n. 40 del 2006, la sentenza pronunciata a seguito di cassazione con rinvio al tribunale, quale giudice di primo ed unico grado, non è soggetta ad appello ma a ricorso per cassazione, anche se depositata successivamente all'entrata in vigore dell'art. 26 del cit. d.lgs.

Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 2017, n. 773, Pres. Petitti, Rel. Scarpa

Responsabilità civile auto – Impresa designata per conto del fgvs – Azione nei suoi confronti – successiva identificazione del responsabile del sinistro – irrilevanza.

Esperita l'azione risarcitoria nei confronti dell'impresa designata per conto del Fondo di garanzia per le vittime della strada, ricorrendone i presupposti, la successiva identificazione del responsabile del sinistro non esplica alcuna influenza sulla legittimazione sostanziale e processuale di detta impresa, che resta stabilizzata per tutto il corso del giudizio.

Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2016, n. 23710, Pres. Spirito, Rel. Vincenti

Responsabilità notaio: la prescrizione dell'azione risarcitoria decorre da quando il danno è percepibile

Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale decorre non già dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile da chi ha interesse a farlo valere.

Non viene a configurare, di per sè, un difetto di diligenza della parte che sia ignara dell'esistenza di un peso o di un vincolo gravanti sul bene compravenduto, il mero comportamento di mancata verifica in tal senso rispetto all'attestazione cui il pubblico ufficiale rogante è tenuto in forza degli obblighi derivanti dall'incarico conferitogli dal cliente e, quindi, integranti l'oggetto della sua prestazione d'opera professionale.

Nell'ipotesi di azione risarcitoria per responsabilità professionale, ai fini del momento iniziale di decorrenza del termine prescrizionale, si deve avere riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno, siccome percepibile dallo stesso danneggiato, alla stregua di un metro di diligenza da quest'ultimo esigibile, ai sensi dell'art. 1176 c.c., secondo standards obiettivi e in relazione alla specifica attività del professionista implicata, in base ad un accertamento di fatto rimesso al giudice del merito.

Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2016, Pres. Berruti, Rel. Vincenti

Usura: la legge n. 108/1996 non è retroattiva

Gli interessi convenzionali pattuiti prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996 sono dovuti e non devono essere ricondotti nel limite massimo del tasso soglia.

La norma che prevede la nullità dei patti contrattuali, i quali fissano la misura in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura (introdotta con la legge 7 marzo 1996, n. 108, art. 4), non è retroattiva, e pertanto, in relazione ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore, non influisce sulla validità delle clausole dei contratti stessi.

Cass. civ., sez. I, 08 aprile 2016, Pres. Forte, Rel. Nazzicone

Rassegna di merito

Conto corrente: la Banca può negare rilascio nuovo *carnet* in caso di irregolare utilizzo del servizio con assegni postdatati o scoperti

La banca può negare il rilascio di un nuovo libretto degli assegni al correntista ove ravvisi un utilizzo irregolare del servizio di pagamento con assegni postdatati e talvolta privi di copertura immediata trattandosi di un rifiuto giustificato da ragioni di cautela cui un accorto banchiere è tenuto ad attenersi.

Trib. Salerno, 12 dicembre 2016, Giud. G. Iannicelli

Esecuzione immobiliare: precedente locazione con canone "vile", non vincolante per aggiudicatario

L'aggiudicatario di un immobile di una vendita forzata può non rispettare la precedente locazione qualora il prezzo convenuto sia vile e cioè inferiore di un terzo al giusto prezzo ex *art. 2923 c.c., terzo comma; tale norma è applicabile anche nell'ipotesi in cui il canone di locazione sia stato versato in un'unica soluzione.*

Trib. Ivrea, 28 giugno 2016, Giud. D. Culotta

Fallimento: prededucibile il credito sorto dopo l'apertura della procedura e fondato su un provvedimento inesistente del giudice delegato

Il decreto di acquisizione al fallimento di beni detenuti da terzi, emesso ai sensi dell'art. 25, comma 1, n. 2, della legge fallimentare, può essere adottato dal giudice delegato nell'ipotesi in cui il terzo non contesti l'appartenenza del bene all'asse fallimentare e non anche in quella in cui lo stesso opponga un proprio diritto esclusivo incompatibile con la sua inclusione nell'attivo fallimentare.

In questa seconda ipotesi, sia il decreto del giudice delegato, sia il decreto confermativo emesso dal tribunale in esito al reclamo, devono ritenersi giuridicamente inesistenti ("abnormi", adottati cioè in radicale carenza di potere), in quanto essi finiscono per statuire, in via definitiva, su questioni di diritti soggettivi, che non possono essere certamente risolte nell'ambito della procedura ex *artt. 25-26 legge fall., ma vanno decise in un ordinario processo di cognizione nel contraddittorio tra le parti contendenti e dunque non sono suscettibili di passare in cosa giudicata.*

È prededucibile il credito sorto dopo l'apertura della procedura fallimentare qualora si fondi su un provvedimento emanato dal giudice delegato in carenza di potere.

Trib. Livorno, 30 giugno 2016, Giud. L. Nannipieri

Indebito bancario: la prescrizione non può essere interrotta dagli atti di costituzione in mora

Mentre la domanda giudiziale è atto che vale a spiegare efficacia interruttiva della prescrizione rispetto a qualsiasi diritto soggetto ad estinguersi per l'inerzia del titolare, la costituzione in mora del debitore può avere tale efficacia limitatamente ai diritti cui corrisponde un obbligo di prestazione della controparte e non anche rispetto ai diritti potestativi, quali sono quelli miranti alla pronuncia di inefficacia, di annullamento o di risoluzione di un atto ai quali corrisponde nella controparte una posizione di mera soggezione all'iniziativa altrui.

Ne consegue che per l'azione di ripetizione di indebito bancario la domanda giudiziaria costituisce l'unico strumento idoneo a realizzare l'interesse protetto dall'ordinamento restando irrilevante ogni atto stragiudiziale di costituzione in mora ai sensi dell'art. 2943 c.c.

Trib. Agrigento, 13 dicembre 2016, Giud. L. Razete

Leasing: non è vessatoria la clausola che pone a carico dell'utilizzatore il rischio per la perdita del bene

In tema di leasing, la clausola contrattuale che pone a carico dell'utilizzatore il rischio per la perdita del bene oggetto del contratto non ha carattere vessatorio, poiché essa si limita a regolare la responsabilità per la perdita del bene in conformità alla disciplina legale desumibile – in via analogica – dall'art.1523 c.c., sulla vendita a rate con riserva della proprietà.

Sotto l'indicato profilo non è prospettabile alcuna violazione di legge, laddove la clausola in oggetto sia stata accettata e sottoscritta ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.

Trib. Roma, 31 dicembre 2016, Giud. E. Curatola

Mediazione obbligatoria: l'istanza deve indicare con sufficiente precisione la materia del contendere

La mediazione esperita ante causam*, per iniziativa dell'attrice, allo scopo di soddisfare la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 deve indicare con sufficiente precisione la materia del contendere, esplicitare le ragioni di tutte le richieste azionate in giudizio ed i rapporti intercorsi tra le parti, in quanto l'esplicitazione delle ragioni delle pretese oggetto di mediazione costituisce requisito di validità della procedura, come si evince dal disposto dell'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.*

Il generico riferimento all'applicazione di interessi illegittimi su rapporti contrattuali non espressamente specificati, non individua con sufficiente precisione la materia del contendere e non soddisfa la condizione di procedibilità richiesta dalla legge.

Trib. Verona, 15 dicembre 2016, Giud. M. Vaccari

Mutuo: il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità di clausole *ex* art. 127 T.U.B. sulla base della sola produzione del contratto

Il giudice non può rilevare la nullità di clausole ex art. 127 T.U.B. solo sulla base della semplice produzione del contratto di mutuo, al fine di non svuotare di significato l'art. 2697 c.c. e sovvertire le regole minime attinenti al contraddittorio processuale, atteso che è necessario la specifica indicazione delle violazioni da parte di chi invoca la tutela.

Trib. Padova, 26 ottobre 2016, Giud. G. Bertola

Revocatoria ordinaria: inammissibile se avente ad oggetto un atto di assegnazione effettuato mediante scissione societaria

*Appare preferibile escludere l'ammissibilità della revocatoria avverso l'assegnazione; se è vero, infatti, che la finalità dell'art. 2504-*quater *c.c., consiste nell'assicurare la stabilità degli effetti di una complessa operazione societaria, la diversità qualitativa dei vizi non può comportare che tali effetti possano essere, in ogni caso messi in discussione (vuoi con la dichiarazione di nullità, vuoi con la dichiarazione di inefficacia) una volta eseguite le prescritte formalità pubblicitarie, e decorsi i termini per la opposizione: da questo momento pare ragionevole ritenere che per tutelare tali interessi di carattere generale, gli effetti della scissione diventino "irregredibili", e che la tutela offerta ai ereditari anteriori della società scissa si concreti nei rimedi specificamente previsti, che sono tra l'altro oggettivamente estesi cd apprezzabili, visto il diritto al risarcimento del danno, previsto dall'art. 2504-*quater*, comma 2, c.c. e la solidarietà di cui all'ultimo comma dell'art. 2506-*quater *c.c.*

*Se l'effetto ultimo dell'azione revocatoria è volto a consentire il soddisfacimento coattivo del creditore sui beni del proprio originario debitore, (come se essi non fossero usciti dal patrimonio di quest'ultimo soggetto attraverso l'atto revocando) la disciplina legale dell'operazione societaria considerata già consente un simile risultato, dato che la solidarietà ex lege prevista sterilizza sostanzialmente il profilo dell'*eventus damni.

Trib. Bologna, 1° aprile 2016, Giud. A. M. Rossi

Usura: la formula della Banca d'Italia deve ritenersi l'unica applicabile

La formula della Banca d'Italia deve ritenersi l'unica applicabile per pervenire a risultati attendibili ed omogenei, ciò in quanto il tasso soglia viene determinato con decreto ministeriale trimestrale sulla base delle rilevazioni dalla stessa operate, che individuano i tassi medi applicati per operazioni omogenee basandosi sulle proprie Istruzioni, individuano quali sono gli oneri connessi all'erogazione del credito rilevanti.

Conteggiare il TEG contrattuale sulla base di criteri difformi condurrebbe a risultati distorti e non oggettivamente comparabili.

Trib. Ferrara, 13 dicembre 2016, Giud. C. Arcani

Usura: non può includersi la CMS se questa non è stata considerata nella determinazione dei tassi soglia

Non appare corretto confrontare i tassi soglia con dei TAEG calcolati sulla base di criteri non omogenei; ciò si rileva anche con riferimento alla commissione di massimo scoperto, che si vorrebbe includere nel tasso effettivo ma non è considerata nella determinazione dei tassi soglia.

La commissione di massimo scoperto, pur non costituendo un interesse in senso tecnico, bensì una commissione trova giustificazione quale parziale ristoro per la minore redditività che la banca subisce dovendo tenere a disposizione risorse liquide, pertanto, in virtù dell'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., è consentito alle stesse di convenire il pagamento di una simile commissione, posto che la stessa è volta a remunerare un onere effettivamente gravante sulla banca e quindi sia meritevole di tutela giuridica.

Spetta alla parte attorea anche in una azione di accertamento negativo o di nullità, avanzare contestazioni avverso

la contabilità tenuta dall'istituto di credito e comunicata in estratto; tale contabilità può costituire prova del saldo attivo a favore della banca qualora il debitore si limiti ad una generica affermazione di nulla dovere, o di dovere una somma inferiore, senza muovere addebiti specifici e circostanziati sulle singole poste dalle quali discende quel saldo.

Trib. Roma, 10 novembre 2016, Giud. M. P. De Lorenzo

Diritto e procedura penale

Delega di funzioni e responsabilità per il delitto di falso.
Nota a Cass. penale, sez. V, sentenza 13 giugno - 27 luglio 2016, n. 32793 1312
di Francesca Picierno

Autoriciclaggio. I requisiti modali della condotta.
Nota a Cass. penale, sez. II, sentenza 28 luglio 2016, n. 33074 1320
di Nicola Roberto Panarello

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 1328
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 1333

Rassegna di merito 1336

Francesca Picierno
Avvocato

Delega di funzioni e responsabilità per il delitto di falso.
Nota a Cass. penale, sez. V, sentenza 13 giugno - 27 luglio 2016, n. 32793

abstract

The judgement in question concerns the criminal relevance of the delegation of functions in the companies, stating that, to configure criminal responsibility for the administrator is necessary evaluate the concrete involvement, also omissive, of the administrator into the commission of the crime.

keywords

Companies – Delegation of function – Requirements – Admissibility.

abstract

La sentenza in oggetto affronta il tema della rilevanza penale della delega di funzioni all'interno delle strutture aziendali, affermando che, ai fini della configurabilità della responsabilità penale in capo all'amministratore di diritti occorre valutare se egli abbia effettivamente dato un contributo, anche omissivo, alla realizzazione del fatto illecito.

parole chiave

Società – Delega di funzioni – Requisiti – Ammissibilità.

Persona giuridica - Società - Delega di funzioni – Requisiti – Presupposti - Ammissibilità

In base ai criteri di imputazione della responsabilità penale, la responsabilità nel falso documentale deriva dalla partecipazione sotto il profilo materiale o morale – alla falsificazione. Tanto vale anche nell'ipotesi che il falso sia riferibile ad un ente collettivo, che agisce attraverso i suoi rappresentanti. In tal caso si pone il problema della esatta imputazione – sia sotto il profilo materiale che psicologico – del falso; problema reso più complesso dalla delega – di fatto – dei poteri connessi alla gestione societaria, giacché le condotte falsificatorie possono provenire da uno o più dei soggetti impegnati nell'amministrazione della società e non possono essere automaticamente imputate a colui che riveste la carica formale di amministratore.

Sez. V penale, sentenza 13 giugno - 27 luglio 2016, n. 32793
Pres. Palla, Rel. Setembre

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

1. La Corte d'appello di Milano ha, con la sentenza impugnata, confermato quella emessa dal locale Tribunale, che aveva condannato S.M. per avere, nella qualità di legale rappresentante della società"S.C. s.r.l.", contraffatto un documento di regolarità contributiva (DURC), allegato alla denuncia di inizio attività di lavori edili da eseguire presso una unità immobiliare in (*Omissis*).

I giudici di merito hanno disatteso la tesi difensiva – incentrata sul carattere solo formale della carica rivestita dall'imputata nella società – in considerazione degli obblighi gravanti sull'amministratrice, talché, ove anche la falsificazione fosse stata opera del fratello dell'imputata (come sostenuto da quest'ultima), non sarebbe venuta meno la di lei responsabilità.

2. Contro la sentenza suddetta ha proposto ricorso per Cassazione l'imputata, a mezzo del difensore, con due motivi.

Col primo si duole della mancata assunzione di una prova decisiva (perizia grafica volta ad accertare l'autore della contraffazione), inutilmente richiesta al Tribunale e alla Corte di appello.

Col secondo lamenta l'erronea applicazione degli articoli 42 e 113 cod. pen., per la ragione che non è ipotizzabile – a carico dell'amministratore di società – il concorso morale nei reati commessi dal delegato in base alla sola constatazione della delegazione, in via di fatto, dei poteri connessi alla carica, specie laddove sia contestata la consapevolezza delle attività illecite poste in essere dal delegato (e, nella specie, anche l'esecuzione – da parte della " S.C s.r.l."- di lavori nel cantiere di via (*Omissis*)).

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato. In base ai criteri di imputazione della responsabilità penale, la responsabilità nel falso documentale deriva dalla partecipazione sotto il profilo materiale o morale – alla falsificazione. Tanto vale anche nell'ipotesi che il falso sia riferibile ad un ente collettivo, che agisce attraverso i suoi rappresentanti. In tal caso si pone il problema della esatta imputazione – sia sotto il profilo materiale che psicologico – del falso; problema reso più complesso dalla delega – di fatto – dei poteri connessi alla gestione societaria, giacché le condotte falsificatorie possono provenire da uno o più dei soggetti impegnati nell'amministrazione della società e non possono essere automaticamente imputate a colui che riveste la carica formale di amministratore.

Non è corretto, pertanto, affermare (come fanno entrambi i giudici di merito) che la posizione ricoperta da S. nella società (ne era l'amministratrice formale) la rendeva automaticamente responsabile degli illeciti commessi dai suoi collaboratori o da coloro che avevano, di fatto, la gestione della società (in tal caso, il fratello), dovendo pur sempre accertarsi quale contributo sia stato dato dall'amministratore formale alla perpetrazione dell'illecito, in considerazione del tipo di illecito posto in essere, giacché, se per l'inosservanza di taluni obblighi (ad esempio, per la tenuta della contabilità) può ravvisarsi, pressoché de plano, una responsabilità morale dell'amministratore di diritto, in considerazione della posizione di garanzia da lui rivestita (vedi Cass., n. 643 del 30/10/2013), lo stesso non può affermarsi per il falso documentale, che viene posto in essere in unità di tempo e di luogo e può sfuggire alla cognizione dell'amministratore formale, specie laddove la gestione della società sia delegata, di fatto, ad altri; il che, se non esime l'amministratore di diritto da tutte le responsabilità di carattere civile connesse alla carica, non comporta, altresì, l'automatica responsabilità per gli illeciti penali, essendo il diritto penale dominato dal principio di personalità.

Si trattava di accertare, pertanto, nel caso specifico, se S. avesse confezionato materialmente il falso, ovvero se avesse consentito o istigato altri a farlo, ovvero ancora se avesse avuto contezza del falso confezionato da altri e fosse rimasta, nonostante ciò, inerte, dovendo configurarsi, anche in quest'ultimo caso, una forma di partecipazione morale al fatto, stante la carica ricoperta. Non può affermarsi, invece, come fa il giudice di primo grado, con soluzione recepita da quello d'appello, che " S., accettando la carica di amministratrice della società, sia giunta ad assumere consapevolmente i rischi connessi a tale investitura e l'essersene disinteressata, delegando la gestione della società al fratello, non fa venir meno il disvalore penale della sua condotta", giacché si viene a configurare, in tal modo, una forma di responsabilità penale per posizione, inaccettabile nel caso specifico.

Consegue a tanto che la sentenza va annullata con rinvio al giudice a quo per nuovo esame.
(*Omissis*)

**** Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** La delega di funzioni: ambito di applicazione. – **2.** Delega di funzioni e responsabilità penale. – **3.** Il principio di effettività e di personalità della responsabilità penale. – **4.** Considerazioni conclusive.

Premessa

Nell'ambito del diritto d'impresa, considerata la sempre crescente complessità dell'attuale struttura aziendale e la molteplicità degli incombenti connessi all'applicazione delle specifiche normative di settore, assume notevole rilievo l'istituto della delega di funzioni, che costituisce lo strumento utilizzato dagli amministratori di società per trasferire specifici compiti e attribuzioni a determinati soggetti.

Ai fini penalistici, l'aspetto che rileva in ordine alla delega è se ed in quale misura essa sia idonea ad esonerare il delegante da responsabilità penale; sempre più spesso, infatti, si è posto il problema dell'ammissibilità e della rilevanza penale della delega di funzioni, a causa della impossibilità, a volte oggettiva, dei dirigenti posti al vertice delle aziende di assolvere da soli la quantità di compiti e funzioni ai medesimi attribuiti e previsti dall'ordinamento vigente.

Si rende necessario, quindi, verificare se, in quale misura ed a quale condizione, la ripartizione organizzativa all'interno dell'ente societario possa incidere sull'individuazione del soggetto cui ascrivere la responsabilità penale, cercando di non determinare una responsabilità per fatto altrui.

In altri termini, occorre verificare se l'attribuzione ad altri soggetti di compiti gravanti fisiologicamente sul soggetto che riveste la posizione di vertice all'interno della struttura, possa avere ripercussioni sul meccanismo di individuazione della responsabilità penale, trasferendola in capo al delegato.

1. La delega di funzioni: ambito di applicazione

In termini generali, la delega è un istituto di creazione dottrinale e giurisprudenziale[1] ed è uno strumento largamente utilizzato all'interno delle organizzazioni aziendali, che indica il trasferimento di mansioni

[1] Recentemente, l'istituto della delega è stato normativamente disciplinato, per la prima volta, dall'art. 16 d.lgs. n. 81/2008, in base al quale è necessario che la delega: (i) risulti da atto scritto recante data certa; (ii) il delegato possegga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; (iii) attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni; (iv) attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate; (v) sia accettata dal delegato per iscritto.

dall'originario titolare *ex lege* ad altri collaboratori e che consente anche di ripartire, in corrispondenza del soggetto sul quale gravano le decisioni, le rispettive e connesse responsabilità giuridiche.

L'istituto trae origine dal concetto di mandato previsto dal codice civile e nella pratica si è caratterizzata come un trasferimento della posizione di potere dal legale rappresentante al soggetto da questi delegato.

Oggi, all'interno delle realtà aziendali, difficilmente l'amministratore di diritto ricopre la figura dell'imprenditore *factotum*, in grado di occuparsi di tutti gli aspetti relativi all'organizzazione di impresa, che è sempre più complessa e richiede sempre maggiori specifiche competenze per adempiere alle molteplici incombenze previste dalla legge.

Come correttamente sottolineato dalla Suprema Corte «la ratio della previsione della delega trova unanime collocazione nella molteplicità di compiti e di obblighi penalmente sanzionati, nella necessaria conoscenza di specifiche regole tecniche nella esigenza di protezione dei beni oggetto di tutela in maniera più incisiva e nella dimensione e complessità del fenomeno aziendale». [2]

Per tale ragione nasce l'esigenza, nelle organizzazioni aziendali – sia in quelle più articolate che in quelle più piccole – di delegare a determinati soggetti facenti parte dell'organigramma aziendale, alcuni poteri e, di conseguenza, alcune responsabilità, relative a settori di gestione dell'azienda.

Da un punto di vista terminologico, si differenzia la delega di esecuzione, in cui il titolare dell'obbligo giuridico si limita ad affidare compiti meramente attuativi delle proprie decisioni conservando pienamente la propria posizione di garanzia; e la delega di funzioni che si caratterizza invece per l'attribuzione di autonomi poteri deliberativi ad un soggetto che non ne sia originariamente titolare.

All'interno della struttura aziendale, che dovrebbe essere naturalmente volta ad assicurare l'efficienza, tempestività ed unitarietà nel governo dell'impresa, la delega di funzioni è espressione dei poteri di direzione, controllo e che si giustificano sulla base del principio gerarchico insito nell'organizzazione dell'impresa (peraltro delineata dal testo codicistico; *cfr* art. 2086 c.c.).

La delega può concernere compiti di gestione (affari legali, del personale) che di rappresentanza interna (ad es. il benestare di alcuni uffici prima della stipula di un contratto) e può anche comportare un potere di rappresentanza, traducendosi in un potere di agire in nome e per conto della società anche nei rapporti esterni (c.d. potere di firma).

Gli effetti soggettivi della delega fanno sì che il delegante, offrendo la prova di aver adempiuto ai propri doveri di diligenza e di osservanza della legge, trasferisca la propria responsabilità sul delegato, il quale, a sua volta assumendo in prima persona gli obblighi originariamente gravanti in capo al delegante, affronta il rischio di una eventuale attribuzione di responsabilità.

In campo societario, ad esempio, una fattispecie di delega è espressamente disciplinata dall'art. 2381 c.c., il quale prevede che l'organo amministrativo possa ricorrere alla delega per affidare talune proprie attribuzioni ad un compitato esecutivo o ad uno dei suoi componenti, con assunzione della relativa responsabilità da parte dei soggetti delegati.

Frequente è, poi, nella pratica, il caso di attribuzione di determinate competenze a soggetti anche estranei all'amministrazione, interni o esterni all'organigramma aziendale, per specifici incombenti.

2. Delega di funzioni e responsabilità penale

L'impresa, come detto, è un organismo complesso, caratterizzato dall'esercizio di un'attività economica organizzata che, di regola, si articola in una molteplicità di atti e fatti giuridicamente rilevanti, non classificabili in predeterminate tipologie e, comunque, non sempre riconducibili ad uno specifico oggetto e/o soggetto.

Per tale ragione, l'individuazione dei soggetti responsabili per i reati commessi nell'esercizio dell'impresa presenta aspetti peculiari, a causa della progressiva "spersonalizzazione" che contrassegna l'attività di imprenditoriale, che rende meno agevole la ricerca del soggetto imputabile.[3]

In termini generali, la norma penale individua come responsabile colui il quale riveste all'interno dell'organigramma societario una posizione apicale, considerato che il soggetto posto al vertice dell'impresa è colui che gode del più ampio potere decisionale, indirizzando l'operato dell'azienda.

Tuttavia, i soggetti destinatari di obblighi penalmente sanzionati si trovano spesso nell'impossibilità oggettiva di far fronte ai molteplici adempimenti su di essi gravanti, resi sempre più copiosi e complessi dalle normative di settore.

Da qui la necessità, per i vertici aziendali, di avvalersi dell'operato di altri soggetti dotati di competenza

[2] Cass. pen., 26 maggio 2004, n. 17112.

[3] Come sostenuto da autorevole dottrina Pulitanò, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 70, tali obiettive difficoltà certo non giustificano né l'eccesso della deresponsabilizzazione dei garanti *ex lege*, né l'eccesso opposto della loro condanna in base ad automatismi e presunzioni. In particolare, è stato inoltre affermato che l'individuazione dei soggetti responsabili e la delega di funzioni costituiscono, nonostante « l'affinità concettuale di molte delle formule impiegate nella trattazione dei due argomenti», questioni distinte: la prima è volta a «reperire, nel contesto della struttura organizzativa d'impresa, la persona fisica destinataria del precetto penale»; la seconda, invece, «dà per risolto il precedente quesito e coinvolge i riflessi, sul piano della responsabilità, dell'incarico che il soggetto penalmente obbligato conferisce a terzi per lo svolgimento dei compiti attribuitigli dall'ordinamento». Così, testualmente, Alessandri, *Il primo comma dell'art. 27 Cost.*, in Branca - Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991.

qualificata in grado di sostituire i medesimi nell'adempimento degli obblighi previsti dalla legge.

Il processo di spersonalizzazione che caratterizza le organizzazioni societarie, difatti, dà spesso luogo ad una frammentazione dei processi decisionali, con la conseguenza che non vi è più una singola persona che ha il totale controllo sulle fattispecie di reato commesse: l'inevitabile conseguenza è che il processo di individuazione del soggetto responsabile può essere, in concreto, una operazione arbitraria.

Indipendentemente dalla circostanza che l'impresa sia esercitata in forma societaria o individuale, la stessa esistenza di una organizzazione più o meno complessa, fa sorgere il delicato problema della individuazione dei soggetti penalmente responsabili quando sia commesso un reato.

Le esigenze che occorre conciliare sono, da un lato, quella di rispettare l'inderogabile principio della personalità della responsabilità penale e, dall'altro, quella di ricercare un criterio che, anche in concreto, sia legittimo, di fronte ad una realtà aziendale che vede come espressione indefettibile di una efficiente organizzazione, la ripartizione delle differenti funzioni tra più soggetti.

L'accoglimento del criterio che imputa la responsabilità penale al soggetto personalmente obbligato al rispetto della norma fa, inoltre, sorgere il problema dei limiti in cui abbia rilevanza, ai fini penali, la normativa interna di organizzazione.

È ovvio, infatti, che alla medesima non può essere sempre riconosciuto un valore assoluto, altrimenti si finirebbe con il rendere gli obblighi penali disponibili dai loro destinatari, che potrebbero variare a piacimento l'ambito soggettivo delle fattispecie incriminatrici; occorre, pertanto, stabilire fino a che punto le norme aziendali interne possano, mediante atti di delega, concorrere con le norme generali alla individuazione del soggetto responsabile.

L'istituto della delega, entro precisi limiti, esercita i suoi effetti anche in materia penale, consentendo di modificare, sotto certi aspetti, la ripartizione delle responsabilità penali.

Ciò non significa che tramite una delega di funzioni sia sempre possibile trasferire totalmente le responsabilità penali su un delegato, in quanto le norme penali si basano su principi molto rigidi, quali quello della determinatezza e della stretta legalità, tuttavia, per determinate fattispecie delittuose ed entro certi limiti, la delega di funzioni può consentire di attenuare se non addirittura annullare la responsabilità penale del delegante

Nonostante il nostro ordinamento positivo abbia accolto il principio secondo cui è esclusa la responsabilità penale diretta delle persone giuridiche, sicché la qualità di soggetto attivo del reato viene ricondotta in capo alla sola persona fisica, ad oggi, la delega di funzioni scriminante la responsabilità penale, pur non esistendo come istituto giuridico, ma generato solo dalla prassi giurisprudenziale, è una prassi da ritenersi lecita, ammissibile e consolidata.

Per lungo tempo la giurisprudenza ha affermato l'ammissibilità della delega, ma solo alla presenza di rigorosi requisiti di forma e contenuto.

In particolare, si sono susseguite, una prima corrente, che rappresenta l'impostazione tradizionale e che potrebbe definirsi "formalistica", che si fonda sulla semplice qualifica ricoperta dal soggetto; una seconda, di carattere più sostanziale, definita "funzionalistica", strettamente correlata alla tipologia di mansioni in concreto svolte dall'agente.

La tesi formalistica ha suscitato notevolissime critiche, atteso che l'individuazione del legale rappresentante quale soggetto penalmente responsabile per i reati e, più in generale per gli incidenti, le disfunzioni che possono verificarsi all'interno di una struttura societarie, si risolve in una responsabilità di posizione, che, come tale, è inammissibile in campo penale.

Seguendo tale impostazione "formale", tuttavia si è evidenziato che si incorrerebbe nel rischio di attribuire una responsabilità di posizione a soggetti che, per il solo fatto di ricoprire una determinata qualifica, sono ritenuti, per ciò solo, destinatari del precetto penale.

Peraltro, se trovasse concreto accoglimento tale ricostruzione, il legale rappresentante si troverebbe in una situazione in cui sarebbe onerato di un vastissimo (e, di fatto, irreale ed impraticabile) obbligo di controllo nei confronti di ogni singolo accadimento che si verifica all'interno della struttura aziendale.

Successivamente, si è andato via via affermando un secondo orientamento, con cui si è convenuto sull'impossibilità del titolare di adempiere ai numerosi obblighi a suo carico e sulla scorta di tali considerazioni è stato ammesso il decentramento funzionale, che determina, di conseguenza un trasferimento degli obblighi con la conseguente assunzione di responsabilità proprie.

In base a tale seconda teoria c.d. "funzionalistica", dunque, assumono rilievo le funzioni e le mansioni effettivamente esercitate, a prescindere dalla qualifica formale rivestita.

La giurisprudenza, infatti, superando l'iniziale questione di ammissibilità della rilevanza penale della delega, ha riconosciuto la sua idoneità ad esonerare il delegante da responsabilità penale.

Inizialmente, l'efficacia liberatoria della delega, secondo la giurisprudenza, era subordinata alla sussistenza di precisi presupposti – condizioni, che possono essere così sintetizzati e che, comunque, nel tempo, hanno certamente subito una certa evoluzione commisurata alla naturale trasformazione che ha interessato le organizzazioni societarie: (i) dimensioni dell'impresa tali da giustificare l'esistenza di una suddivisione delle attribuzioni; (ii) carattere non strumentale della delega, che deve rispondere ad effettive e concrete esigenze dell'azienda; (iii) qualificazione tecnico – pro-

fessionale del delegato, il quale deve possedere idonee competenze per adempiere all'incarico; (iv) attribuzione al delegato di necessari poteri decisionali ed organizzativi, nonché capacità di spesa per poter concretamente operare.

Quanto alle dimensioni dell'impresa, la tradizionale giurisprudenza aveva sempre sostenuto che la delega poteva escludere la responsabilità del titolare solo laddove l'impresa avesse notevoli dimensioni tali da rendere impossibile il controllo dell'intera attività produttiva in capo ad una sola persona.[4]

Successivamente, invece, si è più correttamente affermato che la delega di funzioni di rilevanza penale è applicabile anche alle piccole imprese: infatti, la distinzione tra imprese di grandi dimensioni e quelle medio-piccole non ha particolare rilievo, in quanto la necessità di decentrare compiti e responsabilità non può essere esclusa a priori nelle imprese di dimensioni più modeste, vista la sempre crescente complessità dell'attività produttiva moderna.[5]

Ai fini della validità della delega, la giurisprudenza, inoltre, ha sempre richiesto un effettivo trasferimento dei poteri in capo al delegato, con l'attribuzione di una completa autonomina decisionale di gestione, affinché la delega non sia meramente fittizia e non sia solo un mezzo artificioso per scaricare la responsabilità.

A tal proposito è stato affermato che il delegato, affinché possa esercitare la responsabilità assunta, deve essere dotato di autonomia gestionale e capacità di spesa nella materia delegata.[6]

Secondo la Cassazione la delega, «nei limiti in cui è consentita dalla legge, opera la traslazione dal delegante al delegato di poteri e responsabilità che sono proprie del delegante medesimo. Questi, per così dire, si libera di poteri e responsabilità che vengono assunti a titolo derivativo dal delegato. La delega, quindi, determina la riscrittura della mappa dei poteri e delle responsabilità. Residua, in ogni caso, un obbligo di vigilanza alta, che riguarda il corretto svolgimento delle proprie funzioni da parte del soggetto delegato. Ma ciò che qu maggiormente rileva è che non vi è effetto liberatorio senza attribuzione reale di poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa pertinenti all'ambito delegato».[7]

Addirittura, in passato, si riteneva che il conferimento della delega dovesse avere adeguata pubblicità e, nel rispetto di una corretta etica aziendale, fosse disciplinata da specifiche norme: secondo la giurisprudenza «l'attribuzione esclusiva di compiti deve risultare da precise norme interne preventivamente fissate ed approvate dai competenti organi, in quanto le c.d. mansioni di fatto non valgono ad escludere la responsabilità di chi per legge è tenuto ad espletarle».[8]

Ulteriore presupposto che ha dato origine a dibattiti è quello della "certezza": si è affermato che la delega dovesse avere un contenuto chiaro e puntuale, completo e ben determinato, riportante la specifica indicazione dei poteri delegati, così da non lasciare dubbi circa la portata del conferimento stesso, perché in caso contrario risulterebbe arduo fornire la prova della delega.

In tal senso, la Suprema Corte ha affermato che «in tema di responsabilità penale all'interno di un ente collettivo, la delega di funzioni, perché possa considerarsi liberatoria nei confronti di chi non abbia la rappresentanza e la gestione, deve comunque avere la forma espressa e contenuto chiaro».[9]

Secondo tale indirizzo, se l'atto di delega deve essere inequivoco, è logico dedurre che debba altresì essere espresso e non implicito, sicché la delega non può essere desunta dalla ripartizione interna dell'azienda dei compiti assegnati ad altri dipendenti, in quanto il delegato deve essere messo nelle condizioni di conoscere le proprie responsabilità.[10]

In ossequio a tale orientamento si è anche affermato che la delega di funzioni effettuata in via orale è inefficace e non permette di trasferire la responsabilità penale da un soggetto ad un altro.[11]

Negli ultimi anni, invece e più correttamente, si è stabilito che, nonostante la delega di funzioni debba avere forma espressa e contenuto chiaro, non è richiesta la forma scritta.[12]

L'attenzione deve concentrarsi sulle mansioni effettivamente svolte, anche a prescindere da una delega formale.

---

[4] Cass. pen., 14 settembre 1993, n. 8538 ha stabilito che «la delega a terzi può escludere la responsabilità del titolare solo quando l'azienda ha notevoli dimensioni e si articola in varie branche, che rendano impossibile ad una sola persona il controllo dell'intera attività produttiva». Negli stessi termini, Cass. pen., 26 febbraio 1998, n. 681, secondo cui «il legale rappresentante di una società di notevoli dimensioni non è responsabile allorché l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi ed a ciascuno di essi siano in concreto preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione di quel servizio o settore». In senso conforme, Cass. pen., 6 marzo 2003, n. 19642; Cass. pen., 16 febbraio 2012, n. 28541.

[5] Cass. pen., 23 giugno 2004, n. 28126; in senso conforme, Cass. pen., 13 settembre 2005, n. 33308, secondo cui «la tesi che ancorava l'efficacia penalistica della delega alla notevole dimensione dell'azienda, non solo era priva di specifico fondamento testuale, ma è ora in contrasto con la recente evoluzione legislativa, che positivamente riconosce pieno diritto di cittadinanza alla delega di funzioni, indipendentemente dalle dimensioni dell'azienda»; Cass. pen., 26 maggio 2003, n. 22931, secondo cui ai fini della validità della delega non sono richiesti «requisiti dimensionali dell'impresa tali da imporre il decentramento delle mansioni».

[6] Cass. pen., 26 maggio 2003, n. 22931.

[7] Cass. pen., sez. un., 18 novembre 2014, n. 38343.

[8] Cass. pen., 15 luglio 1994, n. 8092.

[9] Cass. pen., 11 giugno 2004, n. 26390.

[10] Cass. pen., 9 gennaio 2001, n. 39.

[11] Cass. pen., 12 febbraio 2004, n. 5777.

[12] Cass. pen., 26 maggio 2003, n. 22931; in senso analogo, Cass. pen., 19 aprile 2006, n. 13706, secondo cui «la forma scritta, ancorché non richiesta per la validità dell'atto, ha tuttavia un'efficacia determinante ai fini della prova».

Si è così sostenuto che debba rispondere dell'illecito colui che si trova nella posizione giuridica o di fatto di ledere o porre in pericolo l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, a prescindere dalla qualifica ricoperta o dalla mancanza di una formale suddivisione di compiti all'interno dell'azienda, risultando piuttosto decisivo l'effettivo esercizio dei poteri e l'assunzione degli obblighi che si accompagnano normalmente alla qualifica di riferimento.

Si tratta di un principio affermato più volte dalla giurisprudenza[13], la quale ha ulteriormente precisato che, in tale contesto, risulta superflua la sussistenza o meno di una delega di funzioni *ad hoc* formulata per iscritto e proveniente dal legale rappresentante[14]; nell'attuale sistema aziendale, la delega di funzioni è da ritenersi pressoché superflua dovendosi ritenere "*in re ipsa*" in relazione ad una «realistica valutazione delle esigenze della moderna economia, imponenti l'articolato decentramento delle strutture produttive ed u approccio ragionevole alla problematica della suddivisione delle responsabilità, anche organizzative e di vigilanza».

L'orientamento ormai dominante nell'attuale sistema, propende, dunque, per la libertà delle forme e ritiene la non incombenza di prove formali che dimostrino la sussistenza della delega, soprattutto nel caso in cui in cui il trasferimento delle funzioni possa essere ricavato dalla concreta ripartizione interna dei compiti.[15]

Tuttavia, per completezza espositiva, si segnala che, a fronte della tesi favorevole all'efficacia esimente della delega penale, si è registrata una posizione critica, di altra parte della giurisprudenza, che ha osservato come un atto d'autonomia privata non sia idoneo ad esonerare il soggetto delegante dall'obbligo di vigilanza sicché, in caso di fatto di reato commesso materialmente dal delegato, sarebbe configurabile, in capo al delegante, una responsabilità a titolo di concorso doloso o colposo *ex* art. 40, secondo co. c.p., nel fatto di reato realizzato dal delegato.

In particolare, si discute se la delega, che certamente ha l'effetto di traslare poteri e responsabilità in capo al delegato, abbia effetti liberatori nei confronti del delegante, comportando la dismissione della posizione originaria di garanzia normativamente prevista o se, nonostante la delega, permanga in capo al delegante, una quale responsabilità per *culpa in vigilando*.

Un primo orientamento ritiene che il datore di lavoro, in forza della delega, da considerarsi un atto di autonomia privata, non possa venir meno all'osservanza di un dovere poso a suo carico dalla legge; pertanto, in capo ad esso permangono le funzioni inerenti alla qualifica attribuitagli dalla legge e, di conseguenza, l'obbligo di controllo e vigilanza sullo svolgimento delle attività delegate.[16]

Secondo un diverso orientamento, che appare più corretto e rispondente alla reale concezione dell'impresa moderna, si ritiene che, attraverso la delega, il datore di lavoro si liberi da responsabilità, in quanto trasferisce al delegato sia le funzioni inerenti la qualifica personale, che quelle relative alla qualifica professionale.[17]

In ogni caso, anche a fronte della decisione di delegare specifiche funzioni, in capo al soggetto posto al vertice, persistono comunque spazi per l'imputazione di responsabilità penali, connesse ad ipotesi di colpa dio organizzazione, ovvero ad errori nella strategia d'impresa, se da esse derivino carenze strutturali idonee a riflettersi negativamente sull'intero *asset* aziendale.[18]

3. Principio di effettività e personalità della responsabilità penale

L'istituto della delega di funzioni pone il problema di identificare il soggetto penalmente responsabile della violazione commessa nell'espletamento dei compiti trasferiti.

In particolare, come già rilevato, indipendentemente dalla circostanza che l'impresa sia esercitata in forma societaria o individuale, la stessa esistenza di una organizzazione più o meno complessa, fa sorgere il problema della individuazione dei soggetti penalmente responsabili quando sia commesso un reato.

Le esigenze che occorre conciliare sono, da un lato, quella di rispettare l'inderogabile principio della personalità della responsabilità penale e, dall'altro, quella di ricercare un criterio che, anche in concreto, sia idoneo ad identificare il soggetto responsabile, anche attraverso il parametro dell'esercizio di fatto delle mansioni (c.d. effettività).

Come noto, nell'ordinamento penalistico vige il fondamentale principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, co. 1, Cost., in base

[13] Cass. pen., 16 febbraio 2012, n. 28541, Cass. pen., 6 marzo 2003, n. 19642, Cass. pen., 26 febbraio 1998, n. 681, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2000, 364, con nota di Centonze, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*.

[14] *Ex multis*, Cass. pen., 6 giugno 2007, n. 32014.

[15] Cass. pen., 24 giugno 2000, n. 7402; Cass. pen., 12 aprile 2005, n. 26122; Cass. pen., 12 ottobre 2007, n. 37610.

[16] Russo, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in Tiraboschi e Fantini (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza del lavoro dopo il correttivo d.lgs. n. 106/2009*, Giuffrè, 2009. In giurisprudenza, Cass. pen., 6 febbraio 2004, n. 4981; Cass. pen., 12 ottobre 2007, n. 376110.

[17] Sul punto, Cass. pen., 3 agosto 2000, n. 8987; Cass. pen., 12 aprile 2005, n. 26122. A fondamento di tale ricostruzione giurisprudenziale è stata posta la non differente circostanza per cui, a causa delle sempre maggiori dimensioni societarie e dei molteplici compiti che vengono assunti, se non si riconoscesse effetto traslativo alla delega, si finirebbe per imputare al datore di lavoro una sorta di responsabilità per fatto altrui, violando, così il principio di responsabilità penale personale *ex* art. 27 Cost.

[18] Pisani, *Posizione di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir pen. ec*., 2009, 129.

al quale nessuno può essere punito per un fatto ascrivibile ad altri, con la conseguenza che, ai fini penali, assume rilievo il soggetto che ha concretamente agito, a prescindere dalle mere qualifiche ricoperte.

L'istituto della delega di funzioni, pur non avendo base normativa, è una chiara espressione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 Cost., diretto a fondare la responsabilità penale, nelle organizzazioni aziendali, in capo a chi è concretamente titolare del potere di neutralizzare le fonti di pericolo, ossia in capo a coloro che abbiano effettivamente il potere di gestire le dinamiche del rischio all'interno dell'impresa.

Inoltre, la questione della delega di funzioni deve essere esaminata bilanciando il citato principio costituzionale prescritto dall'art. 27 Cost. con il processo di sempre crescente spersonalizzazione dell'attività imprenditoriale ed il necessario principio di effettività.

La divisione della struttura aziendale non si sottrae al principio di effettività, come anche sottolineato dalla Suprema Corte, che ha precisato come nella singola struttura aziendale, il soggetto responsabile vada individuato in base alle mansioni effettivamente esercitate «con prudente apprezzamento del caos concreto e valutazione non condizionata da aprioristici schematismi».[19]

Invero, non ci si può esimere dall'evidenziare l'importanza riconosciuta al principio di effettività che, di fatto, dà sostanza a quello della personalità della responsabilità penale, poiché dimostra una particolare adesione alle dinamiche concrete della impresa moderna, valorizzando i compiti connessi alle funzioni esercitate, senza basarsi su "aprioristici schematismi", che spostano la responsabilità sui vertici aziendali, omettendo di considerare l'effettività delle mansioni svolte.[20]

Pertanto, anche se spesso ci si trova di fronte a reati c.d. "propri", che, cioè, possono essere commessi soltanto da soggetti determinati in rapporto ad una loro particolare posizione giuridica, può accadere che alla qualità soggettiva indicata dalla norma penale non corrisponda l'effettivo esercizio della relativa funzione, per cui occorrerà individuare il soggetto che, di fatto, ha operato, salvo comunque, verificare se il medesimo abbia agito di propria iniziativa ovvero in concorso con il soggetto qualificato.

Inoltre, nella ricerca dei soggetti obbligati in concreto all'osservanza dei precetti penali, l'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza ha privilegiato, più che la qualifica formalmente rivestita, il profilo dei compiti realmente esercitati e quello dell'ingerenza – manifestata dal titolare *ex lege* dell'obbligo – nell'esecuzione dell'attività penalmente rilevante.[21]

Peraltro, il principio di effettività, come noto ha trovato puntuale sanzione legislativa nel diritto penale dell'economia mediante l'introduzione dell'art. 2639 c.c.

4. Considerazioni conclusive

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte ha affrontato ancora una volta il delicato tema della delega di funzioni all'interno di strutture societarie, con riguardo al compimento del reato di falsificazione di atti; in particolare essa si pone in continuità con l'orientamento giurisprudenziale oggi dominante in tema di rilevanza penale della delega di funzioni, non ritenendo necessario il conferimento formale di un apposito incarico e dimostra di attribuire il giusto peso alle esigenze delle attuali realtà aziendali, tenendo conto, più che della formale qualifica rivestiva, l'assetto concreto dell'azienda e dei soggetti che agiscono in suo nome.

In particolare, la Cassazione, accogliendo una concezione moderna dell'impresa, ha ritenuto che il problema dell'attribuzione della responsabilità vada affrontato con riferimento al singolo soggetto che ha commesso materialmente il fatto illecito, commissivo od omissivo, indipendentemente dalla formale qualifica e, soprattutto, a prescindere da qualsivoglia formale conferimento di incarico.

La pronuncia in esame è dunque espressione dell'orientamento ormai vigente, che accoglie una concezione moderna dell'impresa, superando la nozione meramente individualistica, ossia focalizzata esclusivamente sulla figura dell'imprenditore e che propone una nozione di impresa come organizzazione complessa, in cui interagiscono divere figure.

Ciò comporta senza dubbio una valorizzazione della dimensione organizzativa dell'impresa, in quanto, come sostenuto da autorevole dottrina, «dire organizzazione è dire divisione del lavoro, ripartizione di compiti e valorizzazione di competenze differenziate»[22], senza che possa rivestire alcun carattere dirimente, ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale, l'eventuale presenza di caratteri formali, quali la rappresentanza legale.

Dunque, partendo da tali premesse, la Suprema Corte si spinge ad affermare che le condotte illecite, in base ai criteri di imputazione della responsabilità penale, non possono essere automaticamente imputate a colui che riveste la carica formale di amministratore, dovendo pur sempre accertarsi quale contributo sia stato dato dall'amministratore formale alla perpetrazione dell'illecito.

[19] Cass. pen., 13 marzo 2013, n. 11835

[20] Per un approfondimento, Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 174.

[21] In dottrina, Bisacci, *Brevi considerazioni sul principio di effettività quale criterio di individuazione della responsabilità all'interno dell'impresa,* in *Cass. pen*., 2002, 3904. In giurisprudenza, Cass. pen., 5 aprile 1996, in *Guida dir.,* 1996, 23, 92; Cass. pen., 13 maggio 1995, in *Dir. prat. lav*., 1995, 1675.

[22] Pedrazzi, *Profili problematici del diritto d'impresa*, in *Riv. trim. dir.pen. econ*., 1988, 125, richiamato in Alessandri (a cura di), *Diritto penale d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2007, 320.

In altri termini, il conferimento di apposite mansioni ad altri soggetti, conseguenza di una divisione dell'organizzazione aziendale, risulta essere decisivo e dirimente ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale, sostituendosi al criterio formale che tende ad identificare il legale rappresentante quale soggetto penalmente responsabile e rendendo inutile e superflua un'eventuale delega di funzioni.

Pertanto, il punto di riferimento per accertare la responsabilità penale, sia sul piano della causalità che su quello della colpevolezza, in ottemperanza a quanto sancito dall'art. 27 Cost., non può essere che la realtà aziendale che di volta in volta si è chiamati a giudicare.[23]

Da ciò consegue che il giudice non potrà prescindere dall'approfondimento della realtà aziendale oggetto di giudizio, per giungere ad una «decifrazione dell'assetto organizzativo, con lo scopo finale di isolare, concettualmente, i soggetti che sono venuti meno all'obbligo loro imposto».[24]

Ragionando diversamente, per meri schemi formalistici, la valorizzazione del dato formale porterebbe ad attribuire sempre l'illecito commesso dal delegato in capo al titolare *ex lege* della carica e si incorrerebbe nel rischio di configurare forme di responsabilità di posizione, ovvero di ascrivere un reato a colui che ricopre un ruolo apicale all'interno dell'organigramma aziendale, sulla base di meccanismi presuntivi che si scontrano con i principi di responsabilità della pena ed effettività sopra richiamati, principi cardine dell'ordinamento penale.

Dunque, non basta ricoprire formalmente la carica di amministratore per essere condannati per il reato di falso documentale: secondo la Cassazione, se l'illecito è stato commesso da un altro soggetto, delegato alla gestione della società o di un suo ramo o di una sua attività, deve essere verificata in concreto l'effettiva partecipazione dell'amministratore formale.

Nel caso specifico, al legale rappresentante di una società veniva contestata la falsificazione del documento di regolarità contributiva (c.d. Durc) allegato alla denuncia di inizio attività di lavori edili; tuttavia dagli atti di causa è emerso che la contraffazione era stata commessa materialmente dal fratello dell'amministratore.

La Suprema Corte, nel richiamare i criteri di imputazione della responsabilità penale, che prevedono, nel caso del falso documentale, la partecipazione, sia sotto il profilo morale che materiale, alla falsificazione (criteri che valgono anche quando l'ipotesi di falso sia riferibile ad un ente collettivo che agisca attraverso i suoi rappresentanti), ha affermato che le condotte illecite, in base a tali criteri di imputazione, non possono essere automaticamente attribuite a coloro che rivestono la carica formale di amministratore, dovendo pur sempre accertarsi quale contributo sia stato dato dall'amministratore formale alla perpetrazione dell'illecito.

Pertanto, non è corretto affermare, sottolinea al Corte, che la posizione ricoperta dall'amministratore nell'organizzazione aziendale lo rendeva automaticamente responsabile degli illeciti commessi dai suoi collaboratori o da coloro che di fatto gestivano la società; proprio per la natura del reato, si rende necessario un accertamento puntuale, da parte dell'autorità giudiziaria, dei profili di responsabilità ascritti all'amministratore.

Se infatti, per il mancato rispetto di alcuni obblighi, come la tenuta della contabilità, si può individuare una qualche responsabilità "morale" dell'amministratore di diritto a causa della posizione di garanzia rivestita, per altre fattispecie delittuose, come il falso documentale, anche per le modalità di realizzazione, va necessariamente operata una verifica.

Soprattutto quando la gestione di alcune aree della società viene delegata ad altri soggetti, può accadere che la condotta illecita sfugga alla conoscenza dell'amministratore di diritto: «il che – osserva la Cassazione – se non esime l'amministratore di diritto da tutte le responsabilità di carattere civile commesse alla carica, non comporta, altresì, l'automatica responsabilità per gli illeciti penali, essendo il diritto penale dominato dal principio di personalità».

[23] Sul tema si segnala Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., secondo cui "*il diritto penale non può fare a meno di soggettivizzare l'attività economica organizzata, in modo che la responsabilità possa conformarsi al rigido canone della personalità*".

[24] Testualmente, Alessandri, *Parte generale*, in Pedrazzi (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 54.

Nicola Roberto Panarello
Ufficiale di polizia giudiziaria, abilitato all'esercizio della professione forense

Autoriciclaggio. I requisiti modali della condotta.
Nota a Cass. penale, sez. II, sentenza 28 luglio 2016, n. 33074

abstract

The note analyzes the sentence of the Court of Cassation n. 33074 of 2016 in order to highlight the field application of the new selflaundering case, introduced by art. 3 of the Law n. 186 of 2014, focusing on the constituent elements of the crime and, in particular, the concepts of economic and financial activity, now outlined by the judge of legitimacy, and character necessarily dissimulator of the criminal conduct.

keywords

Law n. 186 of 2014 – Selflaundering – Economic and financial activity – Dissimulator conduct.

abstract

La nota analizza la sentenza della Corte di Cassazione n. 33074 del 2016 allo scopo di evidenziare l'ambito applicativo della nuova fattispecie di autoriciclaggio, introdotta dall'art. 3 della legge n. 186 del 2014, soffermandosi sugli elementi costituitivi del reato e, in particolare, sulle nozioni di attività economica e finanziaria, ora delineate dal giudice di legittimità, e sul carattere necessariamente dissimulatorio della condotta delittuosa.

parole chiave

Legge n. 186 del 2014 – Autoriciclaggio – Attività economica e finanziaria – Condotta dissimulatoria.

Reati contro il patrimonio – Riciclaggio – Autoriciclaggio – Versamento del profitto di furto su carta prepagata intestata all'autore del reato presupposto – Configurabilità – Esclusione – Ragioni.

Non integra il delitto di autoriciclaggio il versamento del profitto di furto su conto corrente o su carta di credito prepagata, intestati allo stesso autore del reato presupposto. (In motivazione, la Corte ha osservato che tale deposito non può considerarsi, secondo le indicazioni rispettivamente fornite dall'art. 2082 c.c. e dall'art. 106 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, come attività "economica" o "finanziaria", e non costituisce comunque, a mente dell'art. 648-ter.1 c.p., attività idonea ad occultare la provenienza delittuosa del denaro oggetto di profitto).

Cass. pen., sez. II, 28 luglio 2016, n. 33074
Pres. Fiandanese; Rel. Pardo

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

1.1 Con ordinanza in data 26 gennaio 2016 il Tribunale del riesame di Torino respingeva l'appello proposto dal Procuratore della Repubblica di Torino avverso l'ordinanza del G.I.P. dello stesso capoluogo che aveva applicato, nei confronti di B. D. e L. R., le misure cautelari della custodia in carcere e dell'obbligo di presentazione, in ordine ai reati di furto ed utilizzo abusivo di carta bancomat, rigettando però la richiesta anche con riguardo al delitto di autoriciclaggio di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p. Riteneva il predetto Tribunale della libertà che la condotta operata dagli indagati, i quali dopo essersi impossessati di una borsa contenente una carta bancomat avevano prelevato la somma di 500,00 € che depositavano su una carta prepagata tipo *superflash* intestata alla L., non integrava la condotta di cui al citato articolo 648-*ter*.1 c.p.

1.2 Avverso detto provvedimento proponeva ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica di Torino chiedendo l'annullamento con rinvio dell'ordinanza in ordine alla errata qualificazione dei fatti costituenti invece il delitto di autoriciclaggio perché tipica attività economica o finanziaria senza che rilevasse l'entità della somma impiegata ovvero l'assenza del fine di lucro.

Motivi della decisione

2.1 Ilricorso è infondato e deve pertanto essere respinto. Sussistono infatti almeno due ordini di ragioni per ritenere non configurabile il delitto di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p. nella condotta tenuta dagli imputati e rispetto alla quale l'appellante Procuratore della Repub-

blica chiede la qualificazione ai sensi della citata norma.

In primo luogo, non costituisce né attività economica né attività finanziaria il mero deposito di una somma su una carta prepagata poiché, secondo la stessa dizione richiamata dal provvedimento impugnato e ripresa nell'atto di appello, è economica secondo la indicazione fornita dal codice civile all'art. 2082 soltanto quella attività finalizzata alla produzione di beni ovvero alla fornitura di servizi ed in essa non rientra certamente la condotta contestata; né tantomeno può ritenersi sussistere nella condotta di versamento di somme in un conto corrente ovvero in una carta prepagata un'attività "finanziaria" con ciò facendosi riferimento ad ogni attività rientrante nell'ambito della gestione del risparmio ed individuazione degli strumenti per la realizzazione di tale scopo. In assenza di una precisa nozione contenuta nel codice penale ovvero in quello civile, la nozione di attività finanziaria di rilievo per la punibilità ai sensi della citata norma di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p., può ricavarsi dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art. 106), che individua quali tipiche attività finanziarie l'assunzione di partecipazioni (acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese), la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento (incasso e trasferimento di fondi, esecuzione di ordini di pagamento, emissione di carte di credito o debito) l'attività di cambiovalute; e poiché la condotta degli indagati non rientra neppure in nessuna della suddette attività va esclusa la ricorrenza dell'elemento oggettivo anche sotto tale profilo.

In secondo luogo deve precisarsi che la norma sull'autoriciclaggio punisce soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica specifica di essere idonee ad "*ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*". Il legislatore richiede pertanto che la condotta sia dotata di particolare capacità dissimulatoria, sia cioè idonea a fare ritenere che l'autore del delitto presupposto abbia effettivamente voluto effettuare un impiego di qualsiasi tipo ma sempre finalizzato ad occultare l'origine illecita del denaro o dei beni oggetto del profitto, ipotesi questa non ravvisabile nel versamento di una somma in una carta prepagata intestata alla stessa autrice del fatto illecito.

Va al proposito ricordato come la norma sull'autoriciclaggio nasce dalla necessità di evitare le operazioni di sostituzione ad opera dell'autore del delitto presupposto e che tuttavia il legislatore raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono *post factum* non punibili, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la re-immissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate appunto ad ottenere un concreto effetto dissimulatorio che costituisce quel *quid pluris* che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile). E poiché tale effetto dissimulatorio e di concreto nascondimento non è ravvisabile nella contestata condotta deve escludersi la fondatezza dell'impugnazione.

Alla luce delle predette considerazioni il ricorso deve essere respinto.

P.Q.M.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

1. Il delitto di autoriciclaggio nuovamente al vaglio della Corte di Cassazione. – **2.** Analisi della fattispecie introdotta dall'art. 648-*ter*.1 c.p. – **3.** La vicenda processuale in esame. – **4.** Il *decisum* della Corte di Cassazione. – **4.1.** Le nozioni di attività economica e finanziaria – **4.2.** La capacità dissimulatoria della condotta. – **5.** Considerazioni finali.

1. Il delitto di autoriciclaggio nuovamente al vaglio della Corte di Cassazione

A distanza di un anno e mezzo dall'entrata in vigore della legge 15 dicembre 2014, n. 186 il nuovo delitto di autoriciclaggio *ex* art. 648-*ter*.1 c.p. viene nuovamente sottopostoall'esame della Corte di Cassazione che in tal modo coglie l'occasione per circoscriverne l'ambito applicativo attraverso la puntuale definizione dell'elemento oggettivo della fattispecie e, in particolare, esplicitando il significato delle nozioni di attività economiche/finanziarie, espressamente richiamate dalla norma, e rimarcando il carattere necessariamente dissimulatorio della condotta.

In verità la Suprema Corte aveva già avuto l'occasione di pronunciarsi sulla nuova fattispecie precisandone la portata sotto il diverso profilo intertemporale della successione delle norme nel tempo. Trattandosi di una nuova norma che ha introdotto sanzioni per condotte prima ritenute penalmente irrilevanti ed essendo pertanto indiscusso che la stessa (in virtù del c.d. principio della irretroattività delle leggi penali incriminatrici) possa applicarsi esclusivamente alle attività di *self laundering* poste in essere successivamente alla sua entrata in vigore, ai primi commentatori si è comunque posto il problema di chiarire se in detta sfera di operatività rientrassero anche quelle condotte di impiego, sostituzione o trasferimento aventi ad oggetto beni, denaro o altre utilità provenienti da «delitti non colposi»presupposti antecedentemente commessi.

Infatti ove la «previa commissione del delitto non colposo» fosse qualificata come mero "presupposto

della condotta" l'applicazione della nuova fattispecie anche ai reati pregressi non porrebbe alcuna frizione con il divieto di irretroattività. Qualora, invece, la si considerasse come "elemento della condotta tipica" la conclusione sarebbe opposta; in tal caso, infatti, l'estensione dell'art. 648-*ter.*1 c.p. anche ai delitti presupposto pregressi si porrebbe in evidentecontrastocon il principio di irretroattività il quale impone che l'intero fatto si verifichi successivamente all'entrata in vigore della nuova norma incriminatrice[1].

Nel suo primo intervento *insubiecta materia*, seppur incidentalmente, il giudice di legittimità ha preso posizione al riguardo ed ha sostanzialmente aderito al primo orientamento, evidenziando come risulti improprio invocare il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 2 c.p. in relazione ad un reato, quale quello di autoriciclaggio, nel quale soltanto il reato presupposto si assume commesso in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge 15 dicembre 2014, n. 186 (quando comunque lo stesso reato era già previsto come tale dalla legge)mentre l'elemento materiale del reato di cui all'art. 648-*ter.*1 c.p. risulta posto in essere successivamente all'introduzione della predetta normativa.[2]

Secondo la Suprema Corte è quindi irrilevante che la realizzazione del reato presupposto, da cui discendono i profitti illeciti, sia avvenuta in epoca antecedente l'entrata in vigore del reato di autoriciclaggio (1 gennaio 2015).

2. Analisi della fattispecie introdotta dall'art. 648-*ter.*1 c.p.

Prima di addentrarci ad esaminare il caso che costituisce oggetto della sentenza in commento, al fine di poter meglio apprezzare la decisione del giudice di legittimità, pare opportuno anteporre qualche breve riflessione di carattere generale sulla fattispecie di autoriciclaggio.

Com'è noto il delitto di cui all'art. 648-*ter.*1 c.p. è stato introdotto dall'art. 3 della legge 15 dicembre 2014, n. 186, concernente «Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di auto riciclaggio», in adempimento degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la Convenzione di Strasburgo sulla corruzione del 1999 (ratificata con legge 28 giugno 2012, n. 110) e con la Convenzione edi Protocolli ONU contro il crimine organizzato transnazionale adottati dall'Assemblea Generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001 (oggetto di ratifica con legge 16 marzo 2006, n. 146).

La nuova fattispecie[3] risulta finalizzata a colpire e sanzionare l'utilizzazione da parte dello stesso autore del delitto presupposto dei proventi derivanti dalla pregressa attività illecita, così segnando il tramonto del c.d. "privilegio dell'autoriciclaggio" che trovava riscontro normativo nella clausola di riserva «fuori dai casi di concorso nel reato» degli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. e fondamento dogmatico nel concetto di consunzione e *post factum* non punibile.

Secondo questa impostazione l'autore del *predicate crime* non poteva essere punito per la condotta successiva riguardante l'utilizzo del provento delittuoso poiché la stessa si configurava quale conseguenza inevitabile dell'illecito commesso, in un tutt'uno inscindibile, e rappresentava pertanto solo un normale sviluppo della condotta originaria, in cui restava assorbito l'intero disvalore del fatto.

Tuttavia il principio della non punibilità del postfatto ha subìto critiche da parte della dottrina la quale non ha mancato di evidenziare come le condotte di riciclaggio e reimpiego assumano un autonomo profilo di lesività e risultino connotate da un disvalore del tutto autonomo rispetto al reato fonte.

Queste osservazioni hanno stimolato il legislatore che con l'introduzione della fattispecie di autoriciclaggio ha fuso insieme elementi delle condotte, rispettivamente, del riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e del reimpiego (art. 648-*ter* c.p.), dando così vita ad un nuovo delitto dal carattere ibrido[4] che di seguito verrà analizzato[5].

[1] D. Brunelli, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione,* in *Dir. pen. cont.*, 10 gennaio 2015, sostiene che l'art. 648-*ter.*1 c.p. non possa applicarsi all'autoriciclaggio per reati pregressi.

[2] Cass. pen.,sez. II, 27 gennaio 2016, n. 3691.

[3] art. 648-*ter.*1 c.p. (Autoriciclaggio).
«Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.
Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.
Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni.
Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale.
La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale.
La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto.
Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648».

[4] La fattispecie è un ibrido di riciclaggio e reimpiego che della prima figura mutua la decettività della condotta mentre della seconda la condotta di impiego.

[5] Per un puntuale commento sulla nuova fattispecie si vedano

Quanto all'oggetto giuridico la condotta di re-immissione nel circuito legale dei proventi delittuosi con modalità tali da ostacolarne la tracciabilità allontana la fattispecie criminosa in esame dalla componente meramente patrimonialistica per collocarla nell'ambito dei reati plurioffensivi, in quanto, esaltando anche la dimensione dell'offesa al mercato ed alla concorrenza, inquinati dalla re-immissione di capitali sporchi nel circuito dell'economia legale, nonché il profilo decettivo, il bene giuridico protetto viene ad identificarsi anche con l'ordine economico, il risparmio e l'amministrazione della giustizia.

Il soggetto attivo del reato può essere soltanto l'autore del delitto presupposto, cioè colui che ha commesso o ha concorso a commettere il delitto non colposo dal quale derivano i proventi oggetto di autoriciclaggio. Si tratta quindi di un reato proprio, qualificazion33e di cui tenere conto per gli effetti, talvolta distorsivi, che possono derivare dall'applicazione dell'art. 117 c.p. nelle ipotesi di concorso dell'*extraneus*. Nel caso di realizzazione plurisoggettiva si determina un mutamento del titolo di reato per il terzo estraneo che si troverà a rispondere (anziché di riciclaggio o di reimpiego) di concorso nel meno grave reato di autoriciclaggio, così lucrando una sanzione più blanda e frustrando l'intendimento del legislatore[6].

La condotta può consistere alternativamente nell'impiegare, sostituire o trasferire in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, denaro, beni o altre utilità provenienti dal delitto non colposo in precedenza commesso, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa. L'impiego fa riferimento a qualsivoglia forma di re-immissione della disponibilità delittuosa nel circuito economico e legale; la sostituzione consiste nella consegna di un bene in cambio di un bene diverso, mentre il trasferimento si sostanzia in un qualsiasi spostamento di titolarità o disponibilità.

L'uso dell'inciso «in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa» caratterizza la condotta tipica in termini di artificiosità e circoscrive la punibilità alle sole condotte che, in concreto, per le particolari modalità in cui si manifestano, pur non integrando gli estremi degli artifici o raggiri, esprimono un contenuto decettivo e risultano idonee ad ostacolare la tracciabilità del percorso che consente di risalire fino alla fonte genetica dei proventi. L'aggiunta dell'avverbio «concretamente», oltre ad esigere un accertamento in termini oggettivi e strettamente collegati al singolo caso, suggerisce un'esegesi rigorosa, che impone all'interprete di attribuire al termine «ostacolare» il suo significato proprio, che è quello di frapporre un mezzo allo svolgimento di un'azione o all'esplicazione di una facoltà.

Tale requisito modale della condotta attribuisce alla fattispecie la natura di reato di pericolo concreto che, in quanto tale, almeno secondo la dottrina prevalente, può manifestarsi anche sotto forma di tentativo. La consumazione si ha nel momento e nel luogo in cui viene realizzato dall'agente il comportamento tipico, trattandosi di reato privo di evento in senso naturalistico e pertanto ascrivibile alla categoria dei reati di pura condotta.

L'oggetto materiale del reato è costituito da denaro, beni o qualsiasi altra utilità provenienti dal delitto presupposto. In tale ampia nozione rientrano il prodotto (ciò che viene realizzato mediante il reato), il profitto (l'utilità conseguita attraverso l'attività delittuosa) ed il prezzo (il corrispettivo ricevuto per la commissione del reato).

Sotto questo profilo non può non evidenziarsi come il nuovo reato sia destinato ad avere ampio risalto sulla scena processuale nella sua veste di vicino "ingombrante" dei delitti economici e, segnatamente, dei delitti contro il patrimonio nella cui struttura ricorre frequentemente, quale elemento costitutivo, il profitto (dal carattere "ingiusto", intendendosi per tale quello *non iure*, cioè quel profitto che non si fonda su una pretesa comunque riconosciuta o tutelata dall'ordinamento, in via di azione o di eccezione).

La situazione è gravida di conseguenze anche dal punto di vista processuale atteso che il delitto di autoriciclaggio risulterà connesso (*ex* art. 12 lett. b c.p.p.) al delitto presupposto (configurandosi frequentemente un reato continuato per l'unicità del disegno criminoso) e la competenza ai sensi degli artt. 4 e 16 c.p.p. sarà attribuita, per entrambi, al giudice del luogo in cui sarà stato consumato il delitto più grave e, in caso di pari gravità, al giudice competente per il primo reato, ciò per il delitto presupposto. Il rischio, in pratica, è che l'agente, scegliendo il luogo dove porre in essere la condotta decettiva, possa determinare anche la competenza del delitto presupposto, quanto meno

in particolare: A. Trinci - S. Farini, in *Diritto Penale - Parte Speciale*, Roma, 2015, 766-769; S. Casetta, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: aspetti positivi e profili critici*, in *Altalex*, 24 settembre 2015.

Per una ricognizione dell'*iter* storico-normativo che ha condotto all'introduzione nell'ordinamento del reato di autoriciclaggio si veda: A.E. Cicenia, nota a Cass. pen., sez. II, 28 luglio 2016, n. 33074, *L'autoriciclaggio: le nozioni di attività economica e finanziaria secondo la Suprema Corte*, in *Iurisprudentia.it*, 25 settembre 2016.

[6] A. Gullo, *Autoriciclaggio*, in *Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2016. L'autore evidenzia criticamente come, allo stato attuale, il problema potrebbe essere superato – solo a costo di una dilatazione della condotta tipica *ex* art. 648-*ter*.1 e, in definitiva, della forzatura del dato normativo – qualificando in termini di riciclaggio la condotta del terzo e di autoriciclaggio quella dell'autore del delitto presupposto. Sottolinea inoltre come tali effetti distorsivi si sarebbero potuti evitare qualora il legislatore fosse intervenuto sul delitto di riciclaggio, eliminando la clausola di riserva e, una volta tipizzata la condotta di autoriciclaggio, si fosse al più limitato a differenziare la pena prevista nei confronti dell'autore o concorrente nel *predicate crime*.

nei casi in cui questo risulti meno grave di quello di autoriciclaggio[7].

L'elemento soggettivo è il dolo generico che include la coscienza e volontà di realizzare il fatto tipico e, dunque, la necessaria consapevolezza della provenienza illecita delle risorse, accompagnata dalla coscienza e volontà di destinarle ad un impiego economicamente utile. Il problema dell'accertamento del dolo in capo all'agente risulta attenuato in considerazione del fatto che, essendo egli autore anche del delitto presupposto, sarà di regola consapevole dell'origine delittuosa dei proventi. La questione si ripropone invece con riguardo al concorrente estraneo rispetto al quale si ritiene ammissibile anche il dolo eventuale, in linea con gli approdi giurisprudenziali della Suprema Corte in tema di ricettazione[8].

Il quarto comma prevede una causa di non punibilità che sostanzialmente assolve alla funzione di definire in negativo i contorni della fattispecie, in quanto descrive alcune modalità della condotta, la «mera utilizzazione» e il «godimento personale», espressamente escluse dalla rilevanza penale del fatto.

La clausola limitativa presenta tuttavia un contenuto ambiguo perché viene introdotta dall'inciso «fuori dei casi di cui ai commi precedenti», quindi considerando condotte che di per sé già si collocano fuori dall'area penalmente rilevante. Volendo escludere un'interpretazione abrogatrice si può ragionevolmente ritenere che in tal modo il legislatore abbia voluto riaffermare che dove vi è uso personale, comunque, non può esservi riciclaggio.

I confini del reato restano comunque labili ed incerti: le nozioni di "mero utilizzo" e "godimento personale" alludono principalmente all'autoconsumo, sia quando il bene venga distrutto con l'uso, sia quando resti a disposizione per il futuro, ma *quid iuris* quando il provento delittuoso venga diviso con altri? Se è vero che l'aggettivo "mera" sembrerebbe suggerire l'idea di esclusività e quindi limiterebbe la causa di non punibilità ai soli casi di godimento esclusivamente personale, un'interpretazione meno rigorosa porterebbe a ritenerla applicabile anche ai casi di utilizzazione non strettamente personale.

Quanto al sistema delle circostanze aggravanti ed attenuanti il secondo comma prevede una pena edittale più mite in relazione alla minore gravità astratta del delitto presupposto. Tale circostanza attenuante è però sterilizzata (e torna quindi ad applicarsi la pena più grave di cui al primo comma) nei casi in cui i proventi delittuosi derivino da reati commessi con l'aggravante del c.d. fine e metodo dell'agevolazione mafiosa (terzo comma). È previsto altresì un aggravio di pena per il reato commesso «nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale» che trova la sua logica nel maggior disvalore attribuito al fatto compiuto da chi approfitti della sua attività professionale per delinquere(quinto comma). In senso speculare, in linea con la tendenza di politica criminale di premiare le condotte neutralizzanti e la collaborazione processuale, è invece prevista una riduzione di pena per chi si sia «efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto».

Analogamente a quanto già previsto dagli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. anche l'art. 648-*ter*.1 c.p., rinviando alla disposizione dell'ultimo comma dell'art. 648 c.p., mantiene ferma la rilevanza penale del fatto anche quando l'autore del delitto presupposto non sia imputabile, non sia punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferibile a tale delitto.

Alla nuova fattispecie di autoriciclaggio è stata anche estesa la confisca obbligatoria attraverso la contestuale modifica dell'art. 648-*quater* c.p.

3. La vicenda processuale in esame

Nella sentenza in commento, come già anticipato in premessa, la Corte di Cassazione è stata chiamata ad esaminare l'elemento oggettivo della fattispecie e ciò al fine di poter stabilire se sussista il delitto di autoriciclaggio nella condotta dell'autore del delitto non colposo presupposto (nel caso in esame, di furto) che abbia versato il relativo profitto su una carta di credito prepagata, al medesimo intestata.

Una breve ricostruzione in fatto della vicenda processuale in oggetto consente di comprendere meglio il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione per la soluzione del caso *de quo*.

Due indagati erano accusati di essersi impossessati di una borsa contenente una carta bancomat e, mediante l'utilizzo di tale carta, di avere prelevato la somma di 500,00 euro, che depositavano su una carta prepagata intestata ad uno dei due.

Il Giudice per le indagini preliminari applicava nei loro confronti le misure cautelari della custodia in carcere e, successivamente, dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, in ordine ai reati di furto (art. 624 c.p.) ed utilizzo indebito di carta bancomat (art. 55, co. 9 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), rigettando però la richiesta del Pubblico Ministero con riguardo al delitto di autoriciclaggio di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p.

Contro l'ordinanza del G.I.P. il Procuratore della Repubblica presentava appello *ex* art. 310 c.p.p., che il Tribunale del riesame respingeva, ritenendo che la condotta degli indagati non integrasse la fattispecie di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p.

[7] Il rischio è segnalato da F. Sgubbi, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa,* in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014.

[8] Cass. pen., sez. un., 3 marzo 2010, n. 12433, le quali hanno ritenuto che l'elemento psicologico della ricettazione può essere configurato anche dal dolo eventuale.

Avverso l'ordinanza di rigetto il Procuratore della Repubblica proponeva ricorso per cassazione chiedendone l'annullamento con rinvio in ordine alla errata qualificazione dei fatti, lamentando che il Tribunale non avesse in essi ravvisato un'ipotesi di autoriciclaggio sebbene gli stessi costituissero tipica attività economica o finanziaria prevista dal precetto normativo di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p. e dovessero ritenersi irrilevanti l'entità della somma impiegata e l'assenza del fine di lucro.

4. Il *decisum* della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione respinge il ricorso escludendo la sussistenza del delitto previsto dall'art. 648-*ter*.1 c.p. sulla base di due argomentazioni che trovano riscontro nella *ratio* sottesa alla nuova previsione normativa: in primo luogo perché il mero deposito di una somma su una carta prepagata non costituisce né attività economica né attività finanziaria, secondo il significato che a tali nozioni viene attribuito dall'ordinamento normativo civilistico; in secondo luogo perché il versamento di una somma su una carta prepagata, peraltro intestata allo stesso autore del fatto illecito presupposto, di per sé non è idoneo ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro o degli altri beni oggetto del profitto.

4.1. Le nozioni di attività economica e finanziaria

Ai sensi dell'art. 648-*ter*.1 l'autoriciclaggio consiste nella condotta di chi, essendo già autore (anche in concorso con altri) di un delitto non colposo, impieghi, sostituisca o trasferisca in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, denaro, beni o altre utilità provenienti da tale delitto presupposto, con modalità tali da ostacolare concretamente l'individuazione della provenienza illecita.

Nella citata sentenza la Cassazione limita la rilevanza penale alle sole condotte che consistono nella re-immissione dei proventi delittuosi in attività di tipo economico o finanziario. In verità la norma contempla, in aggiunta alle precedenti, anche le attività imprenditoriali o speculative, su cui la sentenza però non si sofferma espressamente. Ma l'art. 648-*ter*.1 c.p. peccain effetti di ripetitività poiché, a ben guardare, l'attività imprenditoriale risulta già compresa in quella economica, di cui costituisce una forma di manifestazione.[9]

In mancanza di una puntuale definizione da parte del legislatore penale la Cassazione attribuisce alla nozione di attività economica il significato che le deriva dall'art. 2082 c.c., secondo cui è economica soltanto quella attività finalizzata alla produzione di beni ovvero alla fornitura di servizi.[10]

Analogamente il significato di attività finanziaria, di rilievo per la punibilità ai sensi della citata norma di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p., è rinvenibile nell'art. 106 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia[11]che individua quali tipiche attività finanziarie l'assunzione di partecipazioni (acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese), la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento (incasso e trasferimento di fondi, esecuzione di ordini di pagamento, emissione di carte di credito o debito) e l'attività di cambio valute.

Secondo tale interpretazione offerta dal giudice di legittimità il mero deposito di una somma di denaro su una carta prepagatanon costituisce né attività economica né attività finanziaria e pertantodeve ritenersi esclusa la sussistenza dell'elemento oggettivo del delitto di autoriciclaggio.

Ora è evidente come una tale soluzione, sostanzialmente ricalcata sulle figure dell'imprenditore e dell'intermediatore finanziario, restringa sensibilmente la sfera di operatività della nuova fattispecie poiché attribuisce rilevanza penale al solo investimento dei proventi delittuosi in attività economiche e finanziarie, nel senso sopra indicato, mentre ogni altra forma di utilizzo degli stessi risulta lecita in quanto ascrivibile all'area del *post factum* non punibile.

Ma i confini del reato restano incerti a causa della nebulosa formulazione del quarto comma dell'art. 648-*ter*.1 che offre una sorta di "interpretazione autentica" del precetto del primo comma: da un lato, l'area delle rilevanza penale segnata dall'impiego in attività economiche o finanziarie; dall'altro lato, quella della non punibilità nel caso di mero utilizzo o godimento personale.

Tra questi due limiti opposti (rispettivamente, della sicura rilevanza penale e della non punibilità) si colloca una zona grigia non ancora adeguatamente esplorata che potrebbe essere foriera di incertezze applicative (es. casi di godimento non esclusivamente personale, investimenti in attività economiche ma comunque finalizzate indirettamente alla mera utilizzazione o al godimento personale dell'agente, oppure,

[9] F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 24 dicembre 2014, afferma che «l'elencazione soffre di palesi sovrapposizioni e di qualche conseguente ridondanza, senza che vi sia però alcun elemento di contraddizione interna».

[10] Con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 648-*ter* c.p. la Suprema Corte aveva già avuto occasione di precisare che «la nozione di attività economica o finanziaria è desumibile dagli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c. e fa riferimento non solo all'attività produttiva in senso stretto, ossia a quella diretta a creare nuovi beni o servizi, ma anche all'attività di scambio e di distribuzione dei beni nel mercato del consumo, nonché ad ogni altra attività che possa rientrare in una di quelle elencate nelle sopra menzionate norme del codice civile» (*cfr.* Cass. pen., sez. II, 4 febbraio 2014, n. 5546).

[11] L'art. 106 è rimasto immutato anche a seguito delle modifiche del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), recentemente introdotte con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72.

solo per rimanere a vicende non dissimili da quellain esame, trasferimento dissimulato di denaro su carta/conto corrente intestati a persona diversa dall'autore del reato presupposto).

4.2. La capacità dissimulatoria della condotta

Come già evidenziato, la norma sull'autoriciclaggio punisce soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di denaro, beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica specifica di essere idonee ad ostacolare "concretamente" l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

L'uso dell'avverbio ha una funzione delimitativa della fattispecie in quanto si richiede che la condotta sia dotata di particolare capacità dissimulatoria, cioè sia tale da far ritenere che l'autore del delitto presupposto abbia effettivamente voluto occultare l'origine illecita dei proventi delittuosi.

In questo sensoil mero versamento di una somma in una carta prepagata intestata allo stesso autore del delitto presupposto risulta privo di capacità dissimulatoria in quanto la condotta non pone alcun ostacolo concreto alla ricostruzione del c.d. *papertrail*, ossia della pista di carta che conduce dal bene o utilità apparentemente legittimi sino alla originaria provenienza criminosa.

La Cassazione, evocando il travaglio che ha accompagnato l'introduzione delnuovo delitto di autoriciclaggio, evidenzia che la nuova fattispecie risponde alla necessità di evitare le operazioni di sostituzione ad opera dell'autore del delitto presupposto e che tuttavia il legislatore, raccogliendo le sollecitazioni dottrinarie, secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio sono da considerarsi *post factum* non punibili, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione, che avvengano attraverso la re-immissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita, finalizzate appunto ad ottenere un concreto effetto dissimulatorio che costituisce quel *quid pluris* che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile).

Tale ulteriore requisito modale, che si ispira ai principi di determinatezza ed offensività, comporta un'applicazione restrittiva della fattispecie tale che la rilevanza penale sarà limitata ai soli casi di condotte a contenuto decettivo idonee a impedireo comunque ad ostacolare in modo significativo la rintracciabilità della fonte delittuosa dei proventi oggetto di trasferimento, sostituzione od impiego.

Anche sotto questo profilo la decisione appare apprezzabile poiché si pone in sintonia con il dato normativo che sanzionasoltanto le condotte ostacolanti, nell'assunto che il disvalore di quelle prive di tale caratteristica resti assorbito nella punibilità del solo delitto presupposto.

Questa considerazione spiega perché la condotta del reato di autoriciclaggio, almeno sotto questo profilo, sia stata formulata dal legislatore in termini diversirispetto alle fattispecie contigue di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. le quali non esigono il carattere della "concretezza" dell'ostacolo all'identificazione dell'origine delittuosa dei proventi, con la conseguenza chenella loro sfera di operatività rientrano anche quelle condotte idonee a determinare semplicemente un ritardo nell'identificazione della provenienza.

A tal proposito basta richiamare recenti pronunce che, proprio sulla base del diverso tenore letterale delle norme in comparazione, hanno affermato la rilevanza penale del fatto in presenza di condotte prive del carattere dissimulatorio[12] o consistenti nel mero deposito in banca di somme di denaro[13] o, ancora, caratterizzate da idoneità ostacolante modesta, come nel caso di trasferimento del denaro da un conto all'altro diversamente intestato[14].

5. Considerazioni finali

In conclusione pare di poter affermare che la decisione della Corte di Cassazione è certamente condivisibile perché obiettivamente il mero deposito di una

[12] In qualche caso la Corte pare voglia escludere il solo requisito della «concretezza» della condotta ostacolante (*cfr.* Cass. pen., sez. II, 17 settembre 2015, n. 37678, secondo cui «Per configurare il reato previsto dall'art. 648-*ter* c.p., non è necessario che la condotta di reimpiego abbia una concreta idoneità dissimulatoria, essendo la fattispecie orientata in via principale a tutelare il fisiologico sviluppo del mercato che deve essere preservato dall'inquinamento che deriva dalla immissione di capitali illeciti»).
In altre situazioni invece la Corte esclude in radice che per la rilevanza penale del fatto necessiti il carattere dissimulatorio della condotta, conformemente al dato letterale della norma (*cfr.* Cass. pen., sez. II, 25 febbraio 2014, n. 9026, in base alla quale «Per la configurabilità del reato di cui all'art. 648-*ter* c.p., non occorre che il reimpiego del danaro o degli altri beni provenienti da delitto avvenga in attività lecite, né che tali attività siano svolte professionalmente; non è altresì necessario che la condotta di reimpiego presenti connotazioni dissimulatorie, volte ad ostacolare l'individuazione o l'accertamento della provenienza illecita dei beni»).

[13] Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2012, n. 43534, secondo cui «Integra il delitto di riciclaggio la condotta di chi deposita in banca danarodi provenienza illecita, atteso che, stante la natura fungibile del bene, in tal modo lo stesso viene automaticamente sostituito, essendo l'istituto di credito obbligato a restituire al depositante la stessa somma depositata».

[14] Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2014, n. 13085, in base alla quale «Integra di per sé un autonomo atto di riciclaggio – essendo il delitto in parola, a forma libera e attuabile anche con modalità frammentarie e progressive – qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo a precedenti versamenti, e dunque anche il mero trasferimento di denaro di provenienza delittuosa da un conto corrente bancario ad un altro diversamente intestato e acceso presso un diverso istituto di credito. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso che i trasferimenti e gli investimenti posti in essere dall'imputata dopo un primo deposito bancario di fondi di provenienza illecita potessero essere inquadrati come "post factum" non punibile)».

somma su una carta prepagata, intestata all'autore del delitto presupposto, non costituisce né attività economica né attività finanziaria ed è di per sé inidoneo ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro.

Apprezzabile è anche il fatto che la Corte abbia fornito un'interpretazione della norma conforme al principio di determinatezza, definendo il significato delle nozioni di attività economica o finanziaria mediante il richiamo di altre norme dell'ordinamento in modo da evitare quelle incertezze applicative che potrebbero derivare dall'utilizzo di nozioni vaghe ed indeterminate, non idonee a fondare un parametro valutativo univoco.

I confini del reato restano tuttavia ancora labili ed incerti a causa dell'imperfetta formulazione della norma che, anche per tali ragioni, ha ricevuto severe critiche dai commentatori.

La sentenza ovviamente non scioglie tutti i profili problematici che la fattispecie frequentemente pone ma fornisce comunque all'interprete alcune coordinate utili per orientarsi nelle future decisioni, soprattutto nella parte in cui individua nel concreto effetto dissimulatorio il *quid pluris* che distingue la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (punibile).

Sotto questo profilo la Corte sembra accogliere quelle istanze interpretative, di cui ora si darà conto, che sono state avanzate dalla dottrina[15] sin dall'introduzione della nuova fattispecie e che valorizzano l'interrelazione tra i commi primo e quarto dell'art. 648-*ter*.1 c.p.

Secondo questa impostazione l'area della rilevanza penale del fatto viene ad essere demarcata tra la previsione del primo comma (in positivo) e quella del quarto comma (in negativo). Combinando un corretto inquadramento delle condotte incriminate dal precetto con l'*incipit* «fuori dei casi dei commi precedenti» del quarto comma, che dà l'abbrivio alla clausola limitativa,il risultato sarebbe quello di qualificare come penalmente irrilevanti solo quelle condotte di utilizzazione/godimento non interruttive del c.d. *papertrail*, laddove le condotte che spezzino la tracciabilità dei proventi – anche ove consistenti nella mera utilizzazione o nel godimento personale – refluirebbero invece nell'alveo della punibilità.

Il quarto comma, per converso, si presta anche ad una diversa chiave di lettura che – in base alla *ratio legis* di incriminare solo le condotte concretamente offensive della concorrenza e del mercatoe valorizzando un approccio di tipo teleologico – porterebbe ad escluderedalla rilevanza penale tutte quelle condotte(anche eventualmente decettive) che, pur manifestandosi in forme di sostituzione, trasferimento, impiego in attività economiche o finanziarie, siano sostanzialmente finalizzate alla mera utilizzazione o al godimento personale da parte dell'autore.

Alla luce di queste riflessioni appare quindi assai probabile che in futuro la Corte di Cassazione sarà frequentemente chiamata a pronunciarsi sui vari profili critici finora accennati e, in particolare, per definire ulteriormente la rilevanza penale delle condotte di autoriciclaggio.

[15] S. Cavallini, *Relazione di sintesi*, in Atti del convegno dal titolo *La nuova disciplina penale dell'autoriciclaggio,* Milano, 2 febbraio 2015; S. Cavallini - L. Troyer, *Apocalittici o integrati? Il nuovo delitto di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in *Dir. pen. cont., 23 gennaio 2015.*

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni Unite penali

Il difensore della parte civile può avanzare per la prima volta in sede di giudizio di secondo grado una richiesta di condanna alla provvisionale senza violare il principio della *reformatio in peius*

abstract

The United Sections, have held that no breach of the principle of devolution nor the prohibition of regression the ruling on appeal that welcomes the request for an interim proposal for the first time in that judgment by the plaintiff does not appellant. This is because, the wording of the provisional application does not cause any breach of matching fees petita rule art. 112 Code of Civil Procedure nor form new question or violates the cd. principle of regression to exist only in the event of a previous rejection of that question in the first instance.

keywords

Non-Appellant Civil Party – Request provisional – Legitimacy.

abstract

Le Sezioni unite, hanno statuito che non viola il principio devolutivo nè il divieto di reformatio in peius *la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante. Ciò in quanto, la formulazione della richiesta di provvisionale non determina alcuna violazione del canone di corrispondenza tra chiesto e pronunciato previsto dall'art. 112 c.p.c. né costituisce domanda nuova né viola il cd. principio della* reformatio in peius *sussistente solo in caso di un pregresso rigetto di tale domanda nel giudizio di primo grado.*

parole chiave

Parte civile non appellante – Richiesta provvisionale – Legittimità.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite penali, sentenza 27 ottobre 2016, dep. 15 dicembre 2016, n. 53153

Parte civile non appellante: richiesta di provvisionale avanzata per la prima volta in grado di appello – violazione del principio della *reformatio in peius* – non sussiste

Non viola il principio devolutivo né il divieto di reformatio in peius *la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante.*

* * *

La questione rimessa all'esame delle Sezioni unite può compendiarsi nel seguente quesito: «Se violi il principio devolutivo e il divieto di *reformatio in peius* la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante».

Il quesito involge il tema dei poteri decisori devoluti al giudice di secondo grado, in rapporto alle statuizioni assunte nel giudizio di primo grado e al contenuto delle impugnazioni proposte dalle parti.

Al fine di comprendere la soluzione adottata dalle Sezioni unite è utile riportare succintamente il contesto processuale, in cui è sorta la questione: il giudice di primo grado, nel pronunciare la condanna dell'imputato, decide, ai sensi dell'art. 538 c.p.p., anche sulla domanda risarcitoria proposta dalla costituita parte civile, pronunziando condanna generica *ex* art. 539 c.p.p., comma 1; la sentenza di condanna viene appellata unicamente dall'imputato, che contesta l'affermazione di responsabilità; la parte civile, non appellante, in corso di giudizio di secondo grado, propone, per la prima volta, in ragione delle sopravvenute difficoltà economiche della persona offesa, la richiesta di una provvisionale *ex* art. 539 c.p.p., comma 2; il giudice di appello,

nel confermare la pronuncia di condanna, statuisce il pagamento di una provvisionale, che è immediatamente esecutiva *ex* art. 540 c.p.p., comma 2.

A fronte della vicenda processuale descritta, i Giudici Ermellini, hanno subito precisato che in ordine alla questione relativa alla legittimità della statuizione adottata dal giudice di appello di accoglimento della richiesta di una provvisionale proposta, per la prima volta, nel giudizio di secondo grado dalla parte civile non appellante, non è delineabile, un contrasto nell'ambito della recente giurisprudenza di legittimità.[1]

Nell'ambito della situazione processuale di interesse, un reale contrasto, in seno alla Corte regolatrice, si coglie in ordine:

a) alla concedibilità della provvisionale, in assenza di apposita richiesta della parte civile, sia da parte del giudice di primo grado che di quello di appello;
b) della modificabilità, ad opera del giudice di secondo grado, della somma già liquidata a titolo di provvisionale, in favore della parte civile non impugnante.

In riferimento alla prima questione sub a) relativa alla concedibilità della provvisionale in assenza di richiesta della parte civile si registrano due orientamenti:

1) un primo indirizzo si esprime negativamente, evidenziando che l'art. 539 c.p.p., laddove prevede che il giudice che pronunzia condanna generica al risarcimento del danno può, altresì, condannare l'imputato al pagamento di una provvisionale immediatamente esecutiva, stabilisce espressamente che ciò avvenga su "richiesta" della parte civile. Sulla scorta di tale rilievo, il giudice che disponga la provvisionale in assenza della predetta richiesta "opera esorbitando dai compiti assegnatigli dalle disposizioni codicistiche e finisce per pronunciarsi *ultra petita*" [2]
2) un secondo orientamento, afferma che la provvisionale può essere concessa anche in assenza di apposita richiesta della parte civile ma, qualora essa venga assegnata dal giudice di appello, tale possibilità è condizionata dal fatto che la relativa questione non sia stata prospettata al primo giudice e non abbia formato oggetto di pronuncia esplicita o implicita.[3]

In relazione alla questione sub. b) si registra un indirizzo che nega la possibilità, per il giudice di secondo grado, di modificare la somma già liquidata in primo grado a titolo di provvisionale, in favore della parte civile non impugnante[4]. In ordine a tale indirizzo si osserva che la decisione con cui il giudice d'appello aggravi l'esposizione risarcitoria dell'imputato, in favore della parte civile non impugnante, risulta distonica sia con il divieto di *reformatio in peius*, sia con il principio devolutivo, in base al quale l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, sia, infine, con i principi basilari del processo civile, che continuano a presidiare l'azione del danneggiato volta a ottenere il risarcimento del danno, anche se esercitata nel processo penale.

Risulta, invece non controverso, in forza del canone ermeneutico prioritario dell'interpretazione letterale della legge che:

1) quando la richiesta di condanna al pagamento di una provvisionale in favore della parte civile è stata rigettata dal giudice di primo grado ovvero sulla stessa non si è provveduto, il giudice di secondo grado non può pronunciare la condanna al pagamento della provvisionale in mancanza di appello sul punto della parte civile.[5]

[1] Si è affermato che integra il vizio di motivazione l'omesso esame, da parte del giudice di secondo grado, della richiesta di provvisionale proposta per la prima volta in appello; ciò in considerazione del rilievo che la richiesta di provvisionale si inserisce nella domanda risarcitoria validamente esperita dalla parte civile nel processo penale, di talché il giudice di appello ha il dovere di pronunciarsi sulla richiesta di provvisionale proposta per la prima volta in quella sede, quando in primo grado sia stata pronunciata condanna generica al risarcimento, secondo gli stessi criteri previsti dall'art. 539 c.p.p., comma 2, (sez. 3, sent. 09 marzo 2016, n. 35570, Ardita, non mass.; sez. 1, sent. 02 febbraio 2011, n. 17240, Consolo, Rv. 249961). In altra pronunzia si è affermato che, qualora la richiesta di provvisionale non sia stata avanzata nel giudizio di primo grado, la parte civile può utilmente giovarsi della condanna generica al risarcimento e chiedere, per la prima volta, in appello la condanna ad una provvisionale, e si è precisato che non si tratta di domanda nuova e che il divieto di *reformatio in peius* non si estende alle statuizioni civili (sez. 3, sent. 07 maggio 2015, n. 42684, Pizzo, Rv. 265198). Anche nell'ambito degli oscillanti orientamenti che si erano registrati nella vigenza del codice Rocco del 1930, emergeva il prevalente rilievo secondo il quale il giudice di appello può concedere la provvisionale in favore della parte civile non impugnante, in assenza di una pronuncia, sul punto, da parte del primo giudice (sez. 4, sent. 20 ottobre 1981, dep. 1982, n. 1111, Montin, Rv. 152010; sez. 4, sent. 26 novembre 1968, dep. 1969, n. 1937 Martino, Rv. 110321).

[2] In tal senso, si è pronunziata sez. 5, sent. 15 febbraio 2006, n. 9779, Durante, Rv. 234237; in consonanza con tale indirizzo si è osservato che è illegittima la decisione con cui il giudice di appello dispone l'assegnazione della provvisionale in assenza della richiesta della parte civile, atteso che l'art. 539 c.p.p., subordina tale statuizione alla specifica richiesta della parte civile (sez. 2, sent. 07 novembre 2014, n. 47723, Richard, Rv. 260833).

[3] In questo senso si è pronunziata Cass. sez. 5, sent. 19 giugno 2007, n. 36062, Pellegrinetti, Rv. 237722; sez. 6, sent. 21 giugno 2000, n. 8480, De Gennaro, Rv. 216646; sez. 1, sent. 04 novembre 1999, n. 14583, Crepaldi, Rv. 216128).

[4] In particolare si statuisce che «il giudice di appello non può – in assenza di impugnazione del pubblico ministero e della parte civile e di richiesta di quest'ultima nel corso del giudizio – aumentare l'importo della somma, a titolo di provvisionale, disposta con la condanna in primo grado» in tal senso cfr. sez. 2, sent. 17 settembre 2015, n. 42822, Portolesi, Rv. 265206; sez. 1, sent. 30 ottobre 2014, n. 50709 Birri, Rv. 261757; sez. 4, sent. 01 ottobre 2008, n. 42134 Federico, Rv. 242185.

[5] Trattasi di valutazioni che si collocano nell'alveo del consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità (sez. un., sent. 19 gennaio 2000, n. 1, Tuzzolino, Rv. 216239), in base al quale la mancata impugnazione di determinati punti della deci-

2) la condanna al pagamento di una provvisionale può essere pronunciata, ai sensi dell'art. 539 c.p.p., comma 2, soltanto a fronte di richiesta proposta dalla parte civile, posto che la vigente legge processuale non prevede, al riguardo, poteri esercitabili *ex officio.*

Per risolvere i temi di diritto sottoposti allo scrutinio delle Sezioni unite, occorre prendere le mosse dalla considerazione che nella sentenza di primo grado, vi era stata solo una condanna generica al risarcimento dei danni *ex* art. 539 c.p.p., comma 1.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che la condanna generica al risarcimento dei danni pronunciata in sede penale postula unicamente l'accertamento della potenziale capacità lesiva del fatto dannoso.[6]

Va invece opportunamente verificato – affermano i Giudici del Supremo Collegio – se la richiesta di provvisionale possa qualificarsi come domanda nuova rispetto al contenuto della domanda risarcitoria proposta dalla parte civile, sulla quale si è pronunciato il giudice di primo grado con la condanna generica al risarcimento dei danni *ex* art. 539 c.p.p., comma 1.

Nel richiamare i principi che presiedono all'esercizio dell'azione civile nella sede propria del giudizio civile, con specifico riguardo alle modalità di individuazione della domanda nuova ed al rapporto intercorrente tra condanna generica e condanna al pagamento di una provvisionale, le Sezioni unite affermano che la formulazione della richiesta di provvisionale, per la prima volta in appello, non determina alcuna violazione del canone di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c.[7]

Nel riconoscere piena operatività ai principi elaborati dalla giurisprudenza civile in precedenza richiamati al fine di delineare il rapporto intercorrente tra condanna generica e provvisionale, valgono i rilievi svolti dalla giurisprudenza costituzionale[8], in forza dei quali deve ritenersi che la richiesta di condanna al pagamento di una provvisionale non costituisce una "nuova domanda", rispetto a quella originaria, in funzione risarcitoria, spiegata dalla parte civile nel processo penale.

I Giudici delle Sezioni unite, per rispondere al quesito a cui sono stati chiamati, dopo aver precisato l'ambito di efficacia del principio di immanenza della parte civile nell'ambito del processo penale, si soffermano sul contenuto del principio devolutivo e sull'ambito funzionale del divieto di *reformatio in peius*, al fine di verificare se la parte civile non impugnante possa chiedere per la prima volta in appello la condanna al pagamento di una provvisionale, a fronte di una condanna generica al risarcimento del danno pronunciata dal primo giudice.

In ordine al primo aspetto, ritengono le Sezioni unite che la sentenza di appello, con la quale l'imputato viene condannato al pagamento di una provvisionale, a fronte di richiesta proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non impugnante, non si pone in contrasto con il principio devolutivo.

Per fornire correttamente la risposta al quesito, resta da verificare se la richiesta proposta per la prima volta dalla parte civile non impugnante, determini la violazione del divieto di *reformatio in peius.*

Sul punto, si registra un indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'elemento di novità della domanda esclude, di per sè, la violazione del divieto peggiorativo, atteso che il divieto di *reformatio in peius* postula che la domanda di provvisionale sia stata proposta e respinta nel primo giudizio e che, appellante il solo imputato, la parte civile reiteri la richiesta. [9] Tale impostazione teoretica per i Giudici delle Sezioni unite impone un chiarimento di ordine dogmatico, in quanto in caso di rigetto della richiesta di provvisionale, la sentenza di primo grado contiene un punto, dedicato alla richiesta che occupa; di talché è l'applicazione del principio devolutivo, di cui all'art. 597 c.p.p., comma 1, e non già il divieto peggiorativo, che impedisce di attribuire al giudice di secondo grado la cognizione del punto della sentenza relativo all'intervenuto rigetto della richiesta di condanna al pagamento di una provvisionale, in mancanza di impugnazione della parte civile. Inoltre, rispetto al contenuto del divieto di *reformatio in peius*, secondo l'indirizzo prevalente nella giurisprudenza di legittimità deve escludersi che

sione – nozione che abbraccia tutti i presupposti della pronuncia finale tra i quali, nel caso di condanna, rientrano, ai sensi dell'art. 538 c.p.p., le statuizioni sulle conseguenze civili del reato – determina il verificarsi di una preclusione, dipendente dall'effetto devolutivo del gravame e dal principio di disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni. Ai punti della decisione, infatti, fa espresso riferimento l'art. 597 c.p.p., comma 1, nel porre in correlazione i motivi di impugnazione e l'ambito della cognizione del giudice di appello.

[6] Si legga in tal senso sez. 5, sent. 23 aprile 2013, n. 45118 Di Fatta, Rv. 257551; sez. 6, sent. 26 febbraio 2009, n. 14377 Giorgio, Rv. 243310; sez. 5, sent. 19 gennaio 1993, n. 2435 Bonaga, Rv. 193807.

[7] La Corte di legittimità nella sua massima espressione ha da tempo evidenziato che si ha domanda nuova soltanto se si amplia il *petitum* o si introduce nel giudizio una pretesa avente presupposti distinti da quelli di fatto della domanda originaria (sez. un. civ., sentenza 07 aprile 1965, n. 592 Rv. 311098). In applicazione di tale principio, si è espressamente affermato che la richiesta di provvisionale non costituisce una nuova domanda, in quanto rientrante nell'ambito della originaria domanda di condanna (sez. 3 civ., sent. 06 ottobre 1970, n. 1798, Rv. 347770).

[8] Si segnala Corte cost., sent. n. 353 del 1994, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 600 c.p.p., comma 3, nella parte in cui prevede che il giudice di appello può disporre la sospensione dell'esecuzione della condanna al pagamento della provvisionale «quando possa derivarne grave e irreparabile danno», anziché «quando ricorrono gravi motivi», in aderenza a quanto stabilito dall'art. 283 c.p.c.). In consonanza anche Corte Cost. 12 del 2016.

[9] Cfr. sez. 1, sent. 02 febbraio 2011, n. 17240, Consolo, Rv. 249961; sez. 1, sent. 04 febbraio 2009, n. 13545, Bestetti, Rv. 243132.

la disposizione dettata dall'art. 597 c.p.p., comma 3, abbia portata tale da estendersi alle statuizioni civili, trattandosi di norma che, ponendo un limite alla pretesa punitiva dello Stato, non si applica all'istanza risarcitoria oggetto dell'azione civile.[10]

Secondo altro indirizzo, invece, il divieto di *reformatio in peius* si riferisce pure alle statuizioni civili adottate nel precedente grado di giudizio.[11]

I Giudici del Supremo Consesso, con la risposta al quesito hanno aderito al primo orientamento a favore del quale militano i seguenti rilievi di ordine sistematico.

Le considerazioni svolte, in ordine alla portata del principio devolutivo, conducono a rilevare che la proposizione dell'appello, da parte dell'imputato, avverso la statuizione di primo grado affermativa della responsabilità penale, devolve al giudice del gravame di merito la piena cognizione su tutti i presupposti della relativa pronuncia. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il capo della sentenza si qualifica come "atto giuridico completo", in cui si concretizza il contenuto decisorio della sentenza e che il concetto di punto della decisione ha una portata più ristretta, in quanto riguarda tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione, necessarie per ottenere una decisione completa su un capo[12]. Pertanto, l'impugnazione proposta dall'imputato, avverso il punto della condanna penale, devolve al giudice di appello la cognizione sull'accertamento della responsabilità; e, nell'ambito di tale scrutinio, il giudice di secondo grado procede all'esame degli elementi costitutivi della fattispecie di reato.

Dall'applicazione del principio devolutivo consegue che il giudice di appello, a fronte di impugnazione dell'imputato sul punto della responsabilità, ben potrebbe effettuare valutazioni involgenti la gravità del reato, tali da sortire ricadute anche rispetto all'apprezzamento della conferenza del trattamento sanzionatorio inflitto dal primo giudice.

Il divieto di *reformatio in peius* – precisano le Sezioni unite – risponde ad una specifica funzione limitativa, *ab extrinseco*, del delineato ambito di cognizione del giudice di appello, secondo scelte valoriali adottate dal legislatore.

In termini convergenti, la dottrina ha evidenziato che il divieto peggiorativo si risolve in una regola decisoria, che non consente al giudice dell'impugnazione di infliggere una pena più grave di quella già irrogata; e ciò allo specifico fine di liberare l'imputato dai rischi dell'effetto devolutivo, come discendente dalla proposizione dell'atto di appello avverso il punto della responsabilità penale. Con la precisazione che l'appello incidentale del pubblico ministero, determinando gli effetti di cui all'art. 597 c.p.p., comma 2, vale a vanificare la portata sostanziale del divieto. Nel vigente codice di rito, la regola del divieto peggiorativo è dettata dall'art. 597 c.p.p., comma 3, ove è stabilito che «Quando è appellante il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata nè revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado». Tale regola risulta integrata e rafforzata dalla innovativa diposizione, rispetto al codice del 1930, dettata dall'art. 597 c.p.p., comma 4, con la quale si impone al giudice di secondo grado di diminuire corrispondentemente la pena complessiva inflitta, in caso di accoglimento dell'appello dell'imputato in ordine "a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati dal vincolo della continuazione".

La previsione ora citata garantisce la positiva ricaduta sostanziale, sull'entità del trattamento sanzionatorio, delle valutazioni afferenti ai richiamati punti della decisione.

Al fine di risolvere il quesito sottoposto alle Sezioni unite, i Giudici Ermellini richiamano a loro volta la giurisprudenza di legittimità di altra Sezione unite.[13] le quali nel soffermarsi sulla specifica questione relativa all'operatività del divieto peggiorativo nel giudizio di rinvio avevano evidenziato che il divieto di *reformatio in peius*, già previsto nel codice del 1865 (art. 419, comma 3), come pure nel codice Finocchiaro Aprile del 1913 (art. 480, comma 2) ed in quello del 1930 (art. 515, comma 3), si sostanziava nel divieto di aggravamento della decisione appellata dal solo imputato, sulla base di una scelta effettuata dal legislatore.

Le menzionate opere di codificazione evidenziano un preciso tratto comune, che caratterizza il divieto di *reformatio in peius*, nel senso che il divieto peggiorativo, imposto al giudice di appello per il caso di impugnazione proposta dal solo imputato, involge unicamente le statuizioni penali della sentenza.

L'analisi della regola che pone il divieto di *reformatio in peius* induce a rilevare che la stessa risponde ad una sedimentata tradizione codicistica, in forza della quale il giudice di appello, in caso di impugnazione del solo imputato, non può aggravare la pena originariamente inflitta.

[10] Si vedano sez. 3, sent. 09 marzo 2016, , n. 35570, Ardita, non mass.; sez. 5., sent. 18 maggio 2015, n. 25520 Vincenti Mattioli, Rv. 265147; sez. 3, sent. 07 maggio 2015, n. , Pizzo, Rv. 265198; sez. 1, sent. 02 febbraio 2011, n. 17240, Consolo, Rv. 249961; sez. 6, sent. 23 settembre 2009, n. 38976, Ricciotti, Rv. 244558; sez. 4, sent. 11 gennaio 1990, n. 3171 Roncalli, Rv. 183572.

[11] Sul punto: sez. 1, sent. 17 novembre 2010, n. 2658 Covelli, Rv. 249547; sez. 1, sent. 04 febbraio 2009, n. 13545 Capozzi, Rv. 243132; sez. 4, sent. 01 ottobre 2008, n. 42134 Federico, Rv. 242185; sez. 5, sent. 19 giugno 2007, n. 36062, Pellegrinetti, cit.

[12] Cfr. sez. un., sent. 19 gennaio 2000, n. 1 Tuzzolino, cit.

[13] Si veda sez. un, sent. 27 marzo 2014, n. 16208, C., Rv. 258652.

Del resto, soffermandosi sul contenuto dell'art. 597 c.p.p., comma 3, deve osservarsi che il codificatore ha dettato prescrizioni volte ad impedire, per il caso di appello del solo imputato, che la sentenza di secondo grado contenga statuizioni che aggravano il trattamento sanzionatorio, anche rispetto ai già concessi benefici o che venga adottata una formula di proscioglimento meno favorevole. Come si vede, nell'ambito del divieto peggiorativo, normativamente definito, si rinvengono diverse ipotesi di pronunce a contenuto peggiorativo che involgono, unicamente, le statuizioni penali della decisione.

Pertanto, concludono i Giudici del Supremo Collegio, il divieto di *reformatio in peius*, come recepito nel vigente codice di rito penale, costituisce un limite legale esterno, imposto al potere cognitivo del giudice di appello, che involge le statuizioni penali della sentenza, sulla base di specifiche scelte compiute dal legislatore, la cui portata non può essere estesa, in via interpretativa, ad ipotesi diverse da quelle disciplinate.

Conseguentemente, il potere decisorio del giudice di appello, rispetto alle statuizioni civili, non risulta attinto da tale regola limitativa; di talché il divieto di *reformatio in peius* non viene in rilievo nell'ambito delle valutazioni conducenti alla modifica della somma liquidata a titolo di provvisionale dal primo giudice e neppure rispetto alla richiesta di provvisionale, formulata per la prima volta dalla parte civile non appellante, nel giudizio di secondo grado.

Ciò premesso, la risposta allo specifico quesito sottoposto allo scrutinio delle Sezioni unite è il seguente: «Non viola il principio devolutivo nè il divieto di *reformatio in peius* la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante»

Rassegna di legittimità

Bellezze naturali (protezione delle) – In genere – Sequestro preventivo – Esigenze cautelari – Struttura abusiva ultimata – Concretezza ed attualità del pericolo – Sufficienza – Esclusione

*In tema di sequestro preventivo di manufatti abusivi realizzati in zona soggetta a vincolo paesaggistico-ambientale, il "*periculum in mora*" non può essere desunto solo dalla esistenza ed entità delle opere ultimate, essendo invece necessario dimostrare che l'effettiva disponibilità materiale o giuridica delle stesse, da parte del soggetto indagato o di terzi, possa ulteriormente pregiudicare il bene protetto dal vincolo, sulla base di un accertamento da parte del giudice circa l'incidenza degli abusi sulle diverse matrici ambientali ovvero il loro impatto sulle zone oggetto di particolare tutela.*

Cass., sez. 3, sentenza 5 luglio 2016, n. 50336 (dep. 28 novembre 2016) Rv. 268331
Pres. Amoresano, Rel. Rosi, Imp. Del Gaizo, P.M. Iacoviello (Diff.)
(Annulla con rinvio, Trib. lib. Salerno, 20 novembre 2015)

Esecuzione – Giudice dell'esecuzione – Revoca di benefici – Ordinanza di revoca della sospensione condizionale della pena non impugnata dal condannato – Richiesta di revoca della predetta ordinanza – Ammissibilità – Esclusione – Ragioni

Qualora il giudice dell'esecuzione emetta un'ordinanza di revoca della sospensione condizionale della pena illegittimamente concessa in sede di cognizione, e tale provvedimento non venga impugnato dal condannato, quest'ultimo non può successivamente proporre un'istanza di revoca della predetta ordinanza (valorizzando, nella specie, gli effetti di un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale), in quanto l'accoglimento di tale istanza si risolverebbe in una nuova concessione della sospensione condizionale, beneficio che può invece essere concesso, in sede esecutiva, solo in applicazione della disciplina del concorso formale o della continuazione.

Cass., sez. 1, sentenza 2 novembre 2016, n. 50478 (dep. 28 novembre 2016) Rv. 268341
Pres. Cortese, Rel. Aprile, Imp. Bezziccheri, P.M. Cedrangolo (Diff.)
(Rigetta, App. Ancona, 04 gennaio 2016)

Impugnazioni – Cassazione – Sospensione dell'esecuzione della condanna civile – Estensione all'istituto della provvisionale – Configurabilità

La sospensione dell'esecuzione della condanna civile prevista dall'art. 612 c.p.p. riguarda anche l'istituto della provvisionale.

Cass., sez. un., sentenza 27 ottobre 2016, n. 53153 (dep. 15 dicembre 2016) Rv. 268180
Pres. Canzio, Rel. Montagni, Imp. C., P.M. Rossi (Conf.)
(Rigetta, App. Milano, 25 maggio2015)

Istituti di prevenzione e di pena (ordinamento penitenziario) – Divieto di trattamenti inumani o degradanti – Interpretazione della Corte EDU – Spazio individuale minimo intramurario – Modalità di computo

Ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso Torreggiani c. Italia, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili.

Cass., sez. 1, sentenza 9 settembre 2016, n. 52819 (dep. 13 dicembre 2016) Rv. 268231
Pres. Vecchio, Rel. Magi, Imp. Sciuto, P.M. Pinelli (Diff.)
(Annulla con rinvio, Trib. sorv. Perugia, 02 ottobre 2014)

Impugnazioni – Cassazione – Sospensione dell'esecuzione della condanna civile – Richiesta di sospensione dell'esecuzione della condanna civile – Decisione – Procedura *"de plano"*

La richiesta di sospensione dell'esecuzione della condanna civile prevista dall'art. 612 c.p.p. è decisa dalla Corte di cassazionecon procedura "de plano*", cioé senza adozione di contraddittorio preventivo.*

Cass., sez. un., sentenza 27 ottobre 2016, n. 53153 (dep. 15 dicembre 2016) Rv. 268181
Pres. Canzio, Rel. Montagni, Imp. C., P.M. Rossi (Conf.)
(Rigetta, App. Milano, 25 maggio 2015)

Reato – Estinzione (cause di) – Prescrizione – Calcolo della sospensione – Periodi di assenza dell'imputato non dichiarato contumace nè legittimamente impedito – Rilevanza – Esclusione – Ragioni – Fattispecie

Ai fini del calcolo della sospensione del termine di prescrizione, non rilevano i periodi di rinvio del processo in cui il giudice, attesa la mancanza dell'imputato in udienza senza allegazione di un legittimo impedimento, non abbia verificato i presupposti atti a legittimarne la dichiarazione di contumacia, in quanto, costituendo detta situazione processuale un'anomalia tale da rendere impossibile stabilire se si tratti di mancata presenza dovuta a oggettiva impossibilità di comparire o di volontaria sottrazione del contraddittorio, tale incertezza non può che essere intesa in senso favorevole all'imputato non comparso e non dichiarato ritualmente contumace. (Fattispecie nella quale il rinvio dell'udienza – in relazione alla quale l'imputato non aveva ricevuto il decreto di citazione a giudizio – era stato determinato dall'astensione dalle udienze del difensore).

Cass., sez. 4, sentenza 24 novembre 2016, n. 51959 (dep. 06 dicembre 2016) Rv. 268248
Pres. Blaiotta, Rel. Serrao, Imp. Manca, P.M. Tampieri (Diff.)
(Annulla senza rinvio, App. Cagliari s.d. Sassari, 19 ottobre 2015)

Reato – Estinzione (cause di) – Prescrizione – Individuazione del termine minimo e del termine massimo di prescrizione – Recidiva – Rilevanza – Individuazione

La recidiva reiterata, quale circostanza ad effetto speciale, incide sul calcolo del termine prescrizionale minimo del reato, ai sensi dell'art. 157, comma secondo, cod. pen. e, in presenza di atti interruttivi, anche su quello del termine massimo, in ragione della entità della proroga, ex art. 161, comma secondo, c.p.

Cass., sez. 6, sentenza 28 ottobre 2016, n. 50089 (dep. 25 novembre 2016) Rv. 268214
Pres. Paoloni, Rel. Corbo, Imp. Lofiego Raco, P.M. Delehaye (Conf.)
(Rigetta, App. Torino, 01 marzo2016)

Reato – Estinzione (cause di) – Prescrizione – Raddoppio dei termini – Omicidio colposo plurimo – Applicabilità – Limiti

Il raddoppio dei termini di prescrizione previsto dall'art. 157, comma sesto, c.p., in relazione all' ipotesi di cui all'art. 589, comma quarto, c.p., trova applicazione limitatamente alle fattispecie di omicidio colposo plurimo aggravato dalla violazione delle norme sulla circolazione stradale o sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, ai sensi dell'art. 589, comma primo e 2 c.p.

Cass., sez. 4, sentenza 24 novembre 2016, n. 51959 (dep. 06 dicembre 2016) Rv. 268249
Pres. Blaiotta, Rel. Serrao, Imp. Manca, P.M. Tampieri (Diff.)
(Annulla senza rinvio, App. Cagliari s.d. Sassari, 19 ottobre 2015)

Sentenza – Condanna – Danni – Provvisionale – Domanda proposta dalla parte civile non impugnante per la prima volta in appello – Violazione del principio devolutivo e del divieto di *"reformatio in peius"* – Esclusione

Non viola il principio devolutivo né il divieto di "reformatio in peius*" la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante.*

Cass., sez. un., sentenza 27 ottobre 2016, n. 53153 (dep. 15 dicembre 2016) Rv. 268179;
Pres. Canzio, Rel. Montagni Imp. C., P.M. Rossi (Conf.)
(Rigetta, App. Milano, 25 maggio 2015)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Appartenenti ad associazioni mafiose – Pericolosità – Attualità – Presunzione – Sussistenza – Condizioni

Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti ad associazioni di tipo mafioso, la presunzione di attualità della pericolosità sociale non è assoluta ed è destinata ad attenuarsi, facendo risorgere la necessità di una puntuale motivazione sul punto, nel caso in cui gli elementi rivelatori dell'inserimento del proposto nel sodalizio siano lontani nel tempo rispetto al momento del giudizio (Nella specie, la Corte ha ritenuto viziata la valutazione di attualità della pericolosità sociale, fondata su una condanna per il delitto di cui all'art. 416-bis *c.p. e*

su un procedimento penale specifico, relativi a fatti risalenti fino a sette anni prima l'emissione del decreto applicativo della misura di prevenzione della sorveglianza speciale, successivamente ai quali non era stato acquisito nessun ulteriore elemento rivelatore dell'attualità dell'appartenenza del proposto al sodalizio).

Cass., sez. 6, sentenza 11 novembre 2016, n. 51666 (dep. 02 dicembre 2016) Rv. 268087
Pres. Conti, Rel. Corbo, Imp. Rindone, P.M. Gaeta (Parz. Diff.)
(Annulla in parte senza rinvio, App. Catania, 14 gennaio 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Pericolosità sociale – Misure di prevenzione personali – Accertamento della pericolosità attuale per ogni categoria di soggetti destinatari della proposta – Necessità – Elementi desumibili da procedimenti penali – Possibilità – Limiti

In tema di misure di prevenzione personali, la valutazione del requisito di attualità della pericolosità sociale deve essere effettuata per tutte le categorie dei soggetti indicati nell'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, che possono essere assoggettati a misure di prevenzione personali, con la conseguenza che, non essendo ammissibile una presunzione di pericolosità derivante esclusivamente dall'esito di un procedimento penale, è onere del giudice verificare in concreto la persistenza della pericolosità del proposto, specie nel caso in cui sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra l'epoca dell'accertamento in sede penale e il momento della formulazione del giudizio sulla prevenzione.

Cass., sez. 6, sentenza 11 novembre 2016, n. 50128 (dep. 25 novembre 2016) Rv. 268215
Pres. Conti, Rel. Giordano, Imp. Aguì, P.M. Aniello (Conf.)
(Annulla con rinvio, App. Reggio Calabria, 15 gennaio 2016)

Termini processuali – Restituzione nel termine – Sentenza contumaciale – Disciplina – Art. 175, comma secondo, c.p.p. – Procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67 – Rimessione in termini per la proposizione dell'appello – Imputato che non ha avuto effettiva conoscenza del procedimento – Facoltà di chiedere un rito alternativo – Sussistenza

*La restituzione nel termine per appellare la sentenza contumaciale, ai sensi dell'art. 175, comma secondo, c.p.p., nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67, applicabile ai procedimenti in corso a norma dell'art. 15-*bis *della legge citata, comporta la facoltà per l'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento, di chiedere al giudice di appello di essere ammesso a un rito alternativo al dibattimento.*

Cass., sez. un., sentenza 29 settembre 2016, n. 52274 (dep. 07 dicembre 2016) Rv. 268107
Pres. Canzio, Rel. Amoresano, Imp. Rrushi, P.M. Stabile (Conf.)
(Annulla con rinvio, App. Brescia, 07 luglio 2014)

CODICE PENALE

Associazione di stampo mafioso: reato permanente – Momento consumativo – Individuazione – Criteri
(art. 416-*bis* c.p.)

Il reato associativo, svendo natura permanente è caratterizzato da una condotta che perdura fino a quando non intervenga un elemento interruttivo della stessa, di guisa che la normativa applicabile va senz'altro individuata in quella vigente al momento in cui si accerti la cessazione della condotta associativa. Nessun particolare problema si pone qualora nel capo di imputazione sia indicato il termine finale della permanenza (cd. Contestazione chiusa). Diverso è invece, il caso in cui il capo di imputazione non indichi la data di cessazione (cd. contestazione aperta); in tal ipotesi spetta al Giudice stabilire il momento di cessazione della condotta prendendo in esame fatti ed elementi avvenuti anche successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio ed al correlativo decreto.

Tribunale Napoli, G.U.P. Colucci, sentenza 12 settembre 2016, n. 2633

Associazione di stampo mafioso: cessazione di permanenza – Rescissione del vincolo – Accertamento
(art. 416-*bis* c.p.)

Il reato associativo, quale reato permanente risulta caratterizzato da una condotta delittuosa che si dispiega nel tempo ininterrottamente e che comporta il protrarsi della situazione antigiuridica realizzata fino alla azione consumativa ultima che, esaurendo l'illecito, segna la cessazione della permanenza. La contestazione del reato permanente contiene già l'elemento del perdurare della condotta ed assume una sua vis expansiva fino alla pronuncia della sentenza. Quindi, fermo tale limite di accertamento giudiziale, la permanenza del reato associativo sotto il profilo oggettivo – strutturale dell'organizzazione, si considererà protratta fino allo scioglimento dell'associazione o fino alla riduzione degli associati in numero inferiore a tre, mentre sotto il profilo soggettivo dell'affiliazione, la condotta del partecipe potrà ritenersi esaurita con la rescissione del vincolo associativo.

Tribunale Napoli, G.U.P. Colucci, sentenza 12 settembre 2016, n. 2633

Associazione per delinquere: partecipazione dell'imprenditore – Accertamento – Criteri
(art. 416-*bis* c.p.)

In merito alla partecipazione dell'imprenditore alla associazione di stampo mafioso la S.C. distingue la figura dell'imprenditore colluso da quella dell'imprenditore vittima. Invero, le condizioni economiche dell'imprenditore escludono per lo stesso il vantaggio diretto dello stipendio, e ciò impone di verificare se lo stesso è entrato in rapporto sinallagmatico con l'associazione tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti consistenti per l'imprenditore nell'imporsi nel territorio in posizione dominante e per il sodalizio criminoso nell'ottenere risorse, servizi o utilità.

Tribunale Napoli, G.U.P. Colucci, sentenza 12 settembre 2016, n. 2633

Associazione di stampo camorristico: concorso esterno – Caratteristiche
(art. 416-*bis* c.p.)

Il concorrente esterno, in tema di associazione a delinquere di stampo mafioso, è colui che, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisce un contributo consapevole, specifico e volontario (di natura morale o anche materiale), sempre che questo abbia una effettiva rilevanza causale nella conversazione o nel rafforzamento delle capacità operative del sodalizio criminoso, rivelandosi in tal senso come condizione necessaria per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo. Di recente la S.C. Ha evidenziato che si realizza il delitto di concorso esterno in un sodalizio di stampo mafioso, nella condotta di un imprenditore, il quale realizzi un'attività collusiva, entrando in un rapporto sinallagmatico di cointeressenza con il "gruppo" criminale, tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti (ossia l'imprenditore ed il sodalizio) e tale da consentire al primo, in modo particolare, di imporsi sul territorio in una posizione dominante per effetto dell'ausilio del medesimo sodalizio, il cui apparato

intimidatorio si è reso disponibile a sostenere l'espansione degli affari, e ciò in cambio della disponibilità del predetto imprenditore a fornire risorse, servizi o comunque utilità al gruppo.

Tribunale Napoli, G.U.P. Colucci, sentenza 12 settembre 2016, n. 2633

Estorsione: minaccia – Caratteristiche e presupposti

(art. 629 c.p.)

Ai fini della configurabilità del reato di estorsione, sono indifferenti la forma o il modo della minaccia, potendo questa essere manifesta o implicita, palese o larvata, diretta o indiretta, reale o figurata, orale o scritta, determinata o indeterminata, purché comunque idonea in relazione alle circostanze concrete ad incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo. La connotazione di una condotta come minacciosa e la sua idoneità ad integrare l'elemento strutturale del delitto di estorsione devono essere valutate in relazione a concrete circostanze oggettive, quali l'ingiustizia della pretesa, la personalità sopraffattrice dell'agente, le circostanze ambientali in cui lo stesso opera, le particolari condizioni soggettive della vittima, a nulla rilevando che si verifichi una effettiva intimidazione del soggetto passivo.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 4 ottobre 2016, n. 2832, Pres. Est. Minauro

Estorsione: minaccia – Presupposti

(art. 629 c.p.)

La minaccia costitutiva del delitto d estorsione può essere manifestata anche in maniera implicita, essendo solo necessario che essa sia idonea a incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali in cui questa opera.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 4 ottobre 2016, n. 2832, Pres. Est. Minauro

Falsità: presentazione di copia priva di conformità all'originale – Rilevanza penale – Sussistenza del reato

(art. 483 c.p.)

È irrilevante, ai fini della configurabilità del delitto di falso, che il certificato contestato sia una copia dell'originale inesistente, laddove la copia è stata presentata non come tale, ma con l'apparenza di un documento originale atto a trarre in inganno i terzi in buona fede in quanto avente i requisiti di forma e sostanza dell'originale. La stessa, inoltre, anche se priva della attestazione di conformità all'originale è idonea a produrre effetti giuridici.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 8 novembre 2016, n. 3245

Falsità: falsa dichiarazione del privato – Caratteristiche e rilevanza

(art. 483 c.p.)

La norma di cui all'art. 483 c.p. mira alla tutela della pubblica fede documentale, con particolare riferimento al dovere del provato di attestare al p.u. la verità in ordine a fatti rilevanti dal punto di vista giuridico e destinati ad essere documentati ai fini probatori nell'atto pubblico. In via generale deve ritenersi che l'obbligo giuridico per il privato di veridicità sorge ogni qualvolta una norma giuridica ricolleghi specifici effetti a determinati fatti, allorché essi vengano da un privato attestati ad un p.u. che documenti l'attestazione. Più precisamente deve affermarsi, in linea con la giurisprudenza di legittimità maturatasi sul punto, che perché la fattispecie possa considerarsi realizzata deve sussistere l'obbligo giuridico del privato cittadino di esporre la verità e che, inoltre, tale dovere sia stabilito in modo indubbio, esplicitamente o implicitamente, dalla legge che regola l'atto di cui si tratta.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 8 novembre 2016, n. 3245

Falsità: autodichiarazione – Presupposti e rilevanza penale

(art. 483 c.p.)

La falsa dichiarazione di essere imprenditore agricolo professionale, status a cui la legge subordina benefici fiscali e, presupposto per il rilascio del permesso di costruire, integra a pieno titolo il reato di falso previsto e punito dall'art. 483 cp, stante l'efficacia probatoria affidata dalla legge all'atto medesimo, dovendosi considerare come fatta a p.u., in virtù di equiparazione espressa dal citato articolo 76 c. 3 d.P.R. 445/00.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 8 novembre 2016, n. 3245

Recidiva: applicazione – Criteri

(art. 99 c.p.)

Il Giudice può applicare l'aumento di pena per tale aggravante, se reputa che il nuovo delitto sia in concreto (quindi in rapporto alla natura del precedente delitto doloso, al tempus del medesimo, e in genere, avuto riguardo ai parametri di commisurazione di cui all'art. 133 c.p.) espressione di una più marcata pericolosità del reo ovvero costituisca indice della sua maggiore colpevolezza.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 4 ottobre 2016, n. 2832, Pres. Est. Minauro

Truffa contrattuale: volontà negoziale – Artifici e raggiri – Momento consumativo – Interventi giurisprudenziali

(art. 640 c.p.)

L'elemento che imprime al fatto dell'inadempienza il carattere di reato – truffa cd contrattuale – è costituito dal dolo iniziale che, influendo sulla volontà negoziale dell'altro contraente, determinandolo alla stipulazione del contratto in virtù di artifici e raggiri e, quindi, falsandone il processo volitivo, rivela l'intima reale finalità ingannatoria dello strumento contratto. In alcune decisione della S.C. si è affermato che per la consumazione del delitto in parola sarebbe rilevante il momento non dell'assunzione dell'obbligazione ma dell'effettivo conseguimento del profitto ingiusto con il contestuale danno, solo in quel momento divenendo definitiva la potenziale lesione della persona offesa. In realtà non può parlarsi di un contrasto giurisprudenziale perché i principi di diritto massimati nelle sentenze richiamate debbono essere apprezzati in relazione alle peculiari fattispecie in fatto cui si riferiscono. L'esame di queste, invero, impone di concludere che la tematica dell'individuazione del momento consumativo del reato di cd. Truffa contrattuale, non può essere risolta in via preventiva ed astratta, appunto astraendosi del tutto dal caso concreto, cioè dalla truffa specifica cui ci si riferisce, essendo invece indispensabile muovere proprio dalla peculiarità del singolo accordo e dei loro tempi: solo un tale esame consente, infatti, di individuare quale sia stato l'effettivo pregiudizio/danno e quale il concreto vantaggio/profitto e quale il momento del loro prodursi e pertanto della consumazione del delitto.

Tribunale Caserta, G.M. Crisci, sentenza 3 ottobre 2016, n. 5683

CODICE PROCEDURA PENALE

Documenti: sentenze irrevocabili – Acquisizione – Valutazione – Criteri

(art. 238-*bis* c.p.p.)

Le sentenze irrevocabili acquisite ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p., in ossequio al principio di non dispersione di elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno assunto autorità di cosa giudicata, sono pienamente utilizzabili ai fini della prova del fatto in esse accertato, non solo di quello direttamente riferibile alla situazione contenuta nel dispositivo ma anche di ogni altra acquisizione fattuale evidenziata nel corpo della motivazione, purché siano oggetto di valutazione alla stregua dei criteri fissati nello stesso art. 238-bis c.p.p. attraverso il richiamo all'art. 192 c. 3 c.p.p., dunque purché siano valutate unitamente ad altri elementi che ne confermino l'attendibilità. È inoltre principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui l'utilizzazione ai fini del decidere di risultanze di fatto emergenti anche dalla motivazione, e non dal solo dispositivo, delle sentenze divenute irrevocabili acquisite ex art. 238-bis, per il richiamo agli art. 187 e 192 c. 3, implica innanzi tutto l'accertamento della rilevanza di dette risultanze in relazione all'oggetto della prova e poi una verifica in ordine sussistenza o meno degli indispensabili elementi esterni di riscontro individualizzanti, di qualsiasi natura, da acquisire nel contraddittorio delle parti, che ne confermino la valenza di elemento di prova, per legge non autosufficiente.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 4 ottobre 2016, n. 2832, Pres. Est. Minauro

Dibattimento: principio di correlazione – Poteri del giudice

(art. 521 c.p.p.)

Il giudice non può pronunciarsi su un fatto che non sia stato compiutamente e preventivamente portato a conoscenza dell'imputato o sul quale questi non sia stato in grado di potersi in concreto difendere. Se l'accertamento con cui viene definito il processo non coincide cin il fatto oggetto della contestazione, che solo costituisce il paradigma di riferimento per la sentenza, il giudice deve esimersi dal decidere e trasmettere gli atti, ai sensi dell'art. 521 c. 2 cpp, al p.m. affinché questi provveda a formulare una nuova imputazione. L'imputazione non è solo l'atto genetico dell'azione e del processo, ma è l'oggetto e il confine dell'avvenimento probatorio, il limite, non solo dei poteri di ammissione della prova, ma è l'oggetto ed il confine dell'avvenimento probatorio, il limite, non solo dei poteri di ammissione della prova, ma dei poteri decisori del giudice.

Tribunale Nola, G.O.T. Ardolino, sentenza 21 ottobre 2016, n. 3068

Dibattimento: fatto processuale – Nozione

(art. 521 c.p.p.)

Per fatto ai fini processuali, è, secondo la dottrina e la giurisprudenza consolidata, il fatto di reato costituito nei suoi elementi oggettivi (condotta, nesso di causalità ed evento) e soggettivi; a tal fine rilevano, tuttavia, anche i riferimenti di tempo e di luogo in cui il fatto si sarebbe verificato nonché le modalità esecutive dello stesso.

Tribunale Nola, G.O.T. Ardolino, sentenza 21 ottobre 2016, n. 3068

Dibattimento: correlazione – Fatto nuovo e fatto diverso – Caratteristiche e presupposti

(art. 521 c.p.p.)

Il principio di correlazione tra imputazione e sentenza risulta violato, secondo la giurisprudenza, quando nei fatti – rispettivamente descritti e ritenuti – non sia possibile individuare un nucleo comune, con la conseguenza che essi si pongono, tra loro, non in rapporto di continenza, ma di eterogeneità, nel senso che viene a realizzarsi una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell'addebito nei confronti dell'imputato, posto in tal modo di fronte ad un fatto "nuovo", rispetto al quale non ha alcuna possibilità di effettiva difesa. Per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa.

Tribunale Nola, G.O.T. Ardolino, sentenza 21 ottobre 2016, n. 3068

Valutazione della prova: testimonianza della persona offesa – Attendibilità intrinseca – Effetti e condizioni

(art. 192 c.p.p.)

La testimonianza della persona offesa, ove ritenuta intrinsecamente attendibile, costituisce una vera e propria fonte di prova, purché la relativa valutazione sia adeguatamente motivata. Invero, secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, una volta che si stata vagliata l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni della p.o. non è necessaria l'ulteriore verifica sul piano dei riscontri esterni delle predette dichiarazioni al pari delle cd. Dichiarazioni di correo, potendo al più essere opportuno procedere al riscontro delle dichiarazioni con elementi esterni nel caso in cui la p.o. si sia costituita parte civile.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 4 ottobre 2016, n. 2832, Pres. Est. Minauro

Valutazione della prova: estorsione – Deposizione persona offesa – Riscontro esterno – Necessità – Esclusione

(art. 192 - art. 629 c.p.)

Con riferimento specifico alla prova del delitto di estorsione la S.C. ha avuto modo di precisare che anche la sola deposizione della persona che ha subito l'imposizione costituisce fonte di prova, che non ha bisogno di obiettivo riscontro, specie se la tipicità della vicenda non lo consenta, salvo l'obbligo del giudice di valutare tale deposizione con cautela ove si possa ritenere un qualche interesse della persona offesa.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 4 ottobre 2016, n. 2832, Pres. Est. Minauro

LEGGI PENALI SPECIALI

Alimenti: distribuzione di alimenti in cattivo stato di conservazione – Natura di reato di danno e non di pericolo – Accertamento – Criteri

(art. 5 l. 283/62)

Il reato di cui all'art. 5 lett. b) l. 283/62 vieta tra l'altro la distribuzione per il consumo di sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione e che la predetta ipotesi di reato non è reato di pericolo presunto, ma di danno, nel senso che l'interesse perseguito dalla norma è quello di assicurare una protezione immediata al diritto del consumatore a che il prodotto giunga al consumo con le cure igieniche imposte dalla sua natura, conseguenza in forza della quale affinché il reato possa dirsi perfezionato, non è necessario accertare che la cattiva conservazione dell'alimento abbia effettivamente cagionato un danno alla salute, essendo invece sufficiente accertare il mancato rispetto del cd. ordine alimentare, che già in se costituisce violazione del bene primario tutelato dalla norma, da intendersi appunto quale diritto dei consumatori a ricevere i beni alimentari nel rispetto delle prescrizioni imposte dalle norme igieniche specifiche.

Tribunale Nola, GOT Ardolino, sentenza 6 dicembre 2016, n. 3606

Edilizia: struttura in ferro – Caratteristiche – Sussistenza del reato

(d.P.R. 380/01)

Sussiste il reato di cui all'art. 44 lett. b) dpr 380/01in presenza di struttura in ferro stabilmente infissa al suolo e munita di copertura che determina la realizzazione di una nuova superficie coperta, richiedendo il previo rilascio d permesso a costruire.

Tribunale Nola, GM Di Iorio, sentenza 31 ottobre 2016, n. 3177

Edilizia: nozione di pertinenza – Tettoia – Esclusione – Sussistenza del reato

(d.P.R. 380/01)

In tema di reati edilizi deve ritenersi che la tettoia di un edificio non rientra nella nozione tecnico-giuridica di pertinenza, ma costituisce piuttosto parte dell'edificio cui aderisce: ciò in quanto in urbanistica il concetto di pertinenza ha caratteristiche sue proprie, diverse da quelle definite dal c.c., riferendosi ad un'opera autonoma dotata di una propria individualità in rapporto funzionale con l'edificio laddove la parte dell'edificio appartiene senza autonomia alla sua struttura.

Tribunale Nola, G.M. Di Iorio, sentenza 31 ottobre 2016, n. 3177

Diritto amministrativo

Condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica 1342
di Roberto Dante Cogliandro e Vittorio Sabato Ambrosio

Market abuse: Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio 1351
di Luigi Giordano e Andrea Nocera

Il principio di sussidiarietà alla luce della riforma costituzionale 1360
di Michele Palagano, Chiara Sangiuolo, Luca Stanziola

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* 1371
a cura di Almerina Bove

Roberto Dante Cogliandro - Vittorio Sabato Ambrosio
Notaio - Avvocato

Condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica

abstract

This paper analyzes the changes introduced by the legislature in relation to the conditions and limits for the establishment of public companies, focusing on the adaptation of the statutes and invalidity of the articles of incorporation and corporate acts.

keywords

Creation companies with public participation – Statutes – Invalidity – Annulment.

abstract

Il presente lavoro analizza le novità introdotte dal legislatore in tema di condizioni e limiti per la costituzione delle società pubbliche, soffermandosi sull'adeguamento degli statuti e sull'invalidità tra l'atto costitutivo e gli atti endosocietari.

parole chiave

Costituzione società a partecipazione pubblica – Statuti – Nullità – Annullabilità.

sommario

Premessa. – **1.** La concezione della società pubblica per il legislatore del 2016. – **2.** La motivazione analitica dell'atto deliberativo – **3.** L'adeguamento degli statuti delle società a partecipazione pubblica – **4.** La tipizzazione dell'invalidità derivata tra l'atto costitutivo e gli atti endosocietari.

Premessa

Il variegato microcosmo delle società pubbliche ci consegna un panorama giuridico ricco di contributi legislativi e giurisprudenziali tendente a confondere l'operatore del diritto, il quale, quando si interfaccia con le problematiche sottese a questi istituti, deve farsi carico anche degli insegnamenti che provengono dal legislatore comunitario che ha sempre mostrato di avere particolarmente a cuore la disciplina delle società pubbliche (soprattutto con riferimento agli aspetti concorrenziali)[1].

In tale contesto, il «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*» (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175; d'ora innanzi, il "TUSPP"), in attuazione della delega contenuta negli artt. 16, comma 1, lett. b), e 18, l. 07 agosto 2015, n. 124 («*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», ha lo scopo di arginare le incertezze che derivano dal tessuto normativo per consegnare all'interprete un quadro della normativa chiaro che completa lo statuto delle società a partecipazione pubblica. Il pregio del testo è quello di regolare e disciplinare, attraverso il recepimento degli insegnamenti della teoretica, la vita della società pubbliche intervenendo su profili della sua costituzione fino alla fase della liquidazione e della cessione delle quote.

1. La concezione della società pubblica per il legislatore del 2016

Ad una prima lettura del combinato disposto del reticolato normativo che si occupa delle fasi relative alla costituzione societaria, emerge, in primo luogo, che il legislatore – con riferimento alla possibilità della pubblica amministrazione di costituire organismi societari – cerca di fissare una via di mezzo: tra la completa autonomia prevista dal codice civile del 1942[2]

[1] Sul processo in esame ha inciso fortemente la disciplina comunitaria, la quale, in adesione al dettato di una «economia di mercato aperta ed in libera concorrenza» (art. 4 Trattato CE), tende ad imporre una parità di trattamento tra imprese pubbliche ed imprese private, eliminando non solo l'area del "regime speciale" di cui godono le prime, ma imponendo agli enti pubblici, in quanto soci, dall'astenersi, nell'esercizio dei normali poteri connessi alla partecipazione sociale, da tutti quei comportamenti idonei a produrre gli effetti propri di interventi vietati agli Stati in quanto potere pubblico (Cirenei, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *DCInt*, 1996, 788). Così, soprattutto attraverso l'adozione del criterio dell'investitore in economia di mercato (T. Ig. CE 12 dicembre 2000, n. 296/97), si sono considerate non compatibili con il mercato comune, in quanto costituenti aiuto di Stato, tutte quelle operazioni che non configurano il normale apporto di capitale di rischio secondo la prassi societaria in uso in un'economia di mercato o lo stesso art. 2362 (nella sua formulazione originaria) allorché sia un ente pubblico a detenere tutti i titoli rappresentativi del capitale sociale, giacché, allorquando la norma viene applicata allo Stato, la garanzia finisce con l'avere un carattere illimitato, consentendo, così, a tali società di godere di un credito che non è possibile, per le altre imprese, procurarsi sul mercato privato dei capitali (C. Giust. CE 21 marzo 1991, n. 305/1989).

[2] Secondo la classica impostazione codicistica tali società potevano avere un qualsiasi "oggetto" (art. 2328/2, n. 3) cc , e alle

(artt. 2458-2460) e le restrizioni statuite a tutela della concorrenza dal legislatore del 2006 con il famoso Decreto Bersani[3].

Se è vero che la società pubblica dal punto di vista storico ha rappresentato uno strumento utilizzato per risanare la crisi economica del '93 (disponendo la privatizzazione di molti enti pubblici[4]), è altrettanto vero che le società a partecipazione pubblica possono essere considerate delle opportunità dirette a fare da volano all'economia nazionale. Ed invero, la costituzione di organismi societari di natura privatistica può contribuire a realizzare una cura ottimale dell'interesse pubblico, atteso che i modelli civilistici sono in grado di snellire la burocratizzazione della macchina amministrativa e soddisfare le esigenze della collettività in maniera più efficace ed efficiente. Per cui, la tendenza deve essere quella di concepire tale strumento come un'opportunità che, a legislazione invariata, può contribuire allo sviluppo dell'economia statale e rappresentare uno strumento di garanzia per la cura soddisfacente della cosa pubblica. Purtroppo, a livello sociologico, il tessuto culturale italiano non può dirsi pronto ad accogliere una tale evoluzione sociale, poiché sovente la società pubblica finisce per essere considerato un *"carrozzone"* teleologicamente orientato soddisfare esigenze clientelari, piuttosto che rivolgersi ai bisogni della collettività indifferenziata[5].

Per queste ragioni il TUSPP in tema di costituzione di società tende, da un lato ad incentivare lo strumento societario per snellire l'operato degli apparati pubblici, dall'altro – come si vedrà di seguito – a procedimentalizzare eccessivamente la fase costitutiva al fine di evitare che l'interesse pubblico, sotteso alla costituzione dell'ente privatistico, possa essere sviato verso interessi che non siano strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione costituente.

La *ratio* di fondo è quella di evitare che la pubblica amministrazione possa creare nuove persone giuridiche con lo scopo di celare, dietro lo statuto societario, il conseguimento di vantaggi che esulano dall'agire funzionalizzato.

Nei paragrafi che seguono, verranno esplicate le novità legislative in tema di costituzione di società pubbliche e della possibilità per la P.A. di mantenere partecipazioni, anche di minoranza in tali società. Si avrà cura di evidenziare che il procedimento di costi-

stesse poteva partecipare, teoricamente, ogni soggetto pubblico (enti pubblici non economici, Stato incluso, ed economici: Stato, enti territoriali e non, imprese pubbliche). Sulle società pubbliche: Alpa-Carullo-Clarizia, *Le SpA comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Pirola, 1998; G. Astegiano, *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, 2015; Bassi-Massari, *Le società a partecipazione pubblica locale*, 2006; De Nictolis-Cameriero, *Le società pubbliche in house e miste*, 2008; M. Nico, *Le società partecipate dagli enti pubblici locali*, Maggioli, 2010; Bertagna - Rinaldi, *Gli incarichi esterni dell'Ente Locale e delle società partecipate*, Centro Studi Enti locali, Gruppo Euroconference, 2010; AA.VV. (a cura di Ibba -Malaguti - Mazzoni), *Le società "pubbliche",* 2011; AA.VV. (a cura di Fimmanò), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, 2011. Per la giurisprudenza si rinvia al volume a cura di Ruperto, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, commento degli artt. 2249-2451 cc, 2012, p. 951 e segg. Sul punto è noto che l'art. 2449 è l'unico che il codice civile dedica, attualmente, al fenomeno della partecipazione di enti pubblici al capitale di società per azioni (se si eccettua il riferimento all'"azionista pubblico" contenuto nell'art. 2414 bis). La scarna disciplina rispondeva, in origine, alla volontà di assoggettare le società a partecipazione pubblica al diritto societario comune, come sottolineato nella *Relazione al codice* agli artt. 2458 ss. (par. 998), secondo cui «la disciplina di diritto comune della società per azioni deve [...] applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente» (Galgano, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, 1, Padova, 2004, p. 449).

[3] Si consideri che con introduzione dell'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali ed aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, «devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati [...] e non possono partecipare ad altre società o enti»; con l'art. 3, 27° co., l. 24 dicembre 2007, n. 244, viene statuito che le amministrazioni pubbliche «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione e 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», salvo che si tratti di servizi di interesse generale; con gli artt. 1, 725° co. ss., l. 27 dicembre 2006, n. 296, si sono posti limiti ai compensi ed al numero degli amministratori di nomina pubblica delle compagini partecipate da enti locali, prevedendosi, ancora, che non possa rivestire tale carica nelle società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti analoghi incarichi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi (734° co.).

[4] Il fenomeno ha riguardato anche l'intervento nell'economia da parte degli enti locali, ove il legislatore, a partire dalla l. 8 giugno 1990, n. 142, ha sempre di più privilegiato l'adozione del modello societario rispetto a forme diverse di gestione dei servizi pubblici (gestione in economia o a mezzo di azienda speciale), che hanno dimostrato scarsa efficienza economica e scarsa attenzione alla qualità dei servizi medesimi. La stessa politica di privatizzazione c.d. formale risponde, dunque, al disegno per cui anche le imprese pubbliche sono tenute ad adottare comportamenti di mercato, rispettando, così, i principi di concorrenzialità che animano il sistema attraverso la sottoposizione alle stesse regole ed agli stessi modelli messi a disposizione per le altre imprese dal diritto comune (Oppo, *Princìpi*, in *Tratt. Buonocore*, I, 1, Torino, 2001, p. 81).

[5] Autorevole dottrina ha saggiamente osservato che un utilizzo distrofico e, sovente, distorto dello strumento societario, soprattutto da parte degli enti pubblici locali, ha condotto il legislatore ad intervenire sulla disciplina applicabile, manifestando, secondo alcuni autori, una inversione di rotta rispetto al *favor* per la sostituzione dei vecchi modelli pubblicistici con quelli tipici dell'agire imprenditoriale [Cammelli - Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 23 del d.l. n. 223/2006*, in Cammelli - Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, p. 347]; non pare, comunque, possa negarsi che simili interventi, seppure volti, sostanzialmente, alla tutela della concorrenza, finiscano con il produrre uno statuto speciale, con evidenti contaminazioni pubblicistiche, rispetto al modello comune posto a disposizione degli altri imprenditori.

tuzione è caratterizzato dal coesistere di regole pubblicistiche e privatistiche che devono essere rispettare per far sì che la società sia legittimata ad agire per scopi che cercano di inverare interessi strumentali all'agire della pubblica amministrazione.

Venendo alle novità introdotte dal d.lgs. n. 175/2016, le regole relative alla costituzione delle società pubbliche possono dirsi cristallizzate negli articoli 4, 5 e 7 del TUSP.

L'art. 4 TUSPP si occupa di individuare condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica o per l'acquisizione o il mantenimento di singole partecipazioni. La *ratio legis* è quella di delimitare i confini entro i quali è possibile ricorrere allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, l'*ubi consistam* dell'art. 4 è racchiuso nella seguente disposizione «le amministrazioni pubbliche non possano, 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 minoritarie, in tali società»[6]. Tale articolo dà atto di quel mutamento di concezione dell'attuale legislatore, rispetto al codice del 1942. In particolare, per il legislatore codicistico la pubblica amministrazione era libera di costituire organismi societari di natura privatistica[7]; di converso, ad oggi si assiste ad un divieto generalizzato. Nello specifico, lo stato dell'arte è quello di considerare aprioristicamente come illegittima qualsiasi costituzione o assunzione di partecipazioni societarie, salvo non siano espressamente consentite e strumentali con l'interesse pubblico e i parametri di stretta necessità tipizzati dalla norma[8].

Stabilito il principio generale, il secondo comma dell'art. 4 individua espressamente i casi in cui la pubblica amministrazione è legittimata alla costituzione, l'acquisizione o il mantenimento delle partecipazioni pubbliche. Come noto, le altre specifiche ipotesi derivano dal dato giurisprudenziale nazionale ed europeo. Il comma 2 del predetto articolo, infatti, elenca un ventaglio di ipotesi per le quali – entro i limiti indicati al primo comma – le partecipazioni sono ammesse[9].

[6] Ne consegue che, cosi come disposto dall'art. 3, comma 27, legge 24 dicembre 2007, n. 244, l'oggetto e finalità devono, pertanto, in caso di costituzione di società essere strettamente correlati alle finalità istituzionali dell'ente costituente.

[7] Si è notato che sotto l'egida del codice civile del 1942 era lo Stato medesimo ad assoggettarsi alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. Infatti la natura giuridica di tali enti era pacificamente considerata privatistica. Ed invero, il Consiglio di Stato, con la sent. VI, 2 maggio 1951, n. 205, aveva ritenuto la "Cogne S.p.a." un "ente di diritto privato, anche se le [relative] attività [erano] di interesse nazionale". Tale orientamento era vallato da un'autorevolissima dottrina, la quale, commentando la decisione in esame, conclude: «Vi è un'ultima questione: la struttura di società per azioni propria della Cogne porta la VI sezione ad escludere senz'altro la natura pubblica dell'ente. Ma è poi vero? Che in linea di principio la struttura di società per azioni non sia incompatibile con la natura pubblica della società, è stato più volte affermato e negato, ma senza approfondimento. Se si ritiene, come altrove abbiamo cercato di mostrare, che l'ente pubblico è una persona giuridica titolare di una munus pubblico, non vi sarebbe ostacolo ad ammettere la conciliabilità delle due strutture»; M.S. Giannini, in *"Scritti"*, vol. terzo, Milano, 2003, p. 395 e ss. Successivamente vi è stata un'inversione di tendenza, in quanto nel corso degli anni il legislatore ha mostrato una certa ritrosia dell'intervento pubblico nell'economia privata proprio per evitare un uso distorto delle regole concorrenziali che caratterizzino il mercato comune. Di conseguenza si è passati da una completa autonomia ad una libertà fortemente condizionata.

[8] Secondo un'opinione autorevole, la capacità giuridica degli enti pubblici a seguito delle recenti riforme, da capacità generale all'assunzione di partecipazioni societarie sarebbe divenuta "capacità speciale". Non si sarebbe più dinanzi a una capacità generale salvo limitazioni, ma alla illegittimità *a priori* ed *ex ante* dell'assunzione di partecipazioni societarie, con l'eccezione delle deroghe espressamente consentite, che quindi assumerebbero carattere di "stretta specialità" e darebbero vita, per l'appunto, ad ipotesi di "capacità giuridica speciale". È Stato acutamente osservato che già all'indomani della L. n. 244/2007 la capacità generale degli enti pubblici di avvalersi dello strumento societario era ormai soffocata dalle deroghe [Luciani, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I] e che si sarebbe dovuto attendere l'esito interpretativo e applicativo per valutare se effettivamente non si fosse ormai dinanzi al "tramonto" delle partecipazioni pubbliche. Successivamente, come si è detto, il *trend* si è ulteriormente manifestato e consolidato [basti pensare alle norme in tema di *spending review*, ai proclami del Governo Renzi sulla necessità di procedere a una drastica riduzione delle società partecipate dagli enti locali, alle indicazioni contenute nel "piano Cottarelli", alle previsioni dettate nella Legge di Stabilità 2015, fino al principio e criterio direttivo dettato nell'art. 18, lett. b), della Legge Delega e alle attuali previsioni del TUSPP, solo per citare alcune delle norme che saranno più diffusamente passate in rassegna più avanti: per un quadro v. anche, da ultimo, Marchesi, *Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili policy, interventi in atto*, in AA.VV., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, a cura di C. Brescia Morra, G. Meo, A. Nuzzo, *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2015, p. 335 e ss.; Pericu, *«Ne rimarranno solo mille»: la limitazione normativa degli spazi operativi delle società partecipate dagli enti territoriali e il problema del suo fondamento teorico*, in AA.VV., *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, a cura di C. Brescia Morra - G. Meo - A. Nuzzo, *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2015354 ss.], ma non si può omettere di considerare che sembra ancora fermo il rapporto regola/eccezione (o, se si vuole, principio generale vs. deroghe e divieti) e, soprattutto, non si può trascurare il fatto che, nell'ambito del contenzioso e del precontenzioso che si è sviluppato tra pubbliche amministrazioni e società partecipate allorquando le prime hanno invocato le norme che ne consentivano il recesso e la conseguente cessazione delle partecipazioni possedute, non sono mancate interpretazioni che, facendo valere proprio la natura derogatoria delle previsioni in tema di scioglimento parziale del rapporto sociale, hanno finito per ridimensionare, di fatto, la portata delle innovazioni in commento. Da ultimo vedi anche Donativi, *Diritto societario Enti Locali e P.A., le società a partecipazione pubblica*, ed. I, Milano, 2016, p. 96.

[9] Le attività sono:
produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi. L'inclusione della realizzazione e la gestione di

L'introduzione delle eccezioni indicate hanno tratto in inganno l'interprete, in quanto a un primo acchito si potrebbe pensare tali regole fungono come un ampliamento rispetto al precedente regime. In realtà, una recentissima teoretica sostiene che l'elenco di cui al comma 2 deve essere considerato un restringimento dei margini di operatività per le pubbliche amministrazioni nella costituzione di società a partecipazione pubblica[10].

Altra deroga, al principio generale di cui al comma 1 dell'art. 4 T.U., è prevista al comma 3 che, accogliendo la condizione n. 8 della Commissione V Bilancio della Camera e della Commissione I Senato, circoscrive la partecipazione in società, tramite conferimento di beni immobili avente come fine un investimento, alle sole società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse.

Ulteriore limite di scopo ricorre per le società *in house*, queste ultime – salva la previsione dell'art. 16 T.U. n. 175/2016 – operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti ed hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lett. a), b), d) ed e) del comma 2.

È stata poi introdotta la previsione di partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale esclusivo la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, nonché la realizzazione e la gestione di impianti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane; oltre alla possibilità di costituzione di società con caratteristiche di *start up* e gli *spin off* universitari.

Va, inoltre, precisato che le disposizioni dell'art. 4 possono essere derogate totalmente o parzialmente da parte di singole società a partecipazione pubblica avendo riguardo: alla misura e alla qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici ad essa connessa e al tipo di attività svolta, ove riconducibile al comma 1, art. 4. L'eventuale esclusione è finalizzata all'agevolazione della quotazione di azioni o di altri strumenti finanziari in mercati regolamentati e deve avvenire con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, motivato, su proposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze o dell'organo apicale dell'amministrazione partecipante.

2. La motivazione analitica dell'atto deliberativo

I profili di maggiore di interesse, poiché intrecciano problematiche interdisciplinari a cavallo tra il diritto civile e il diritto amministrativo, si pongono in relazione all'art. 5. Tale articolo, incide sulla natura giuridica dell'atto deliberativo connotandolo di una funzione pubblicistica. Infatti, a norma dell'indicato articolo, l'atto deliberativo – che come chiarito è diverso dall'atto costitutivo[11] – della società deve essere

tali ultimi servizi è avvenuta successivamente al recepimento delle proposte della Conferenza unificata;
progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 50/20161;
progettazione, realizzazione e gestione di un'opera pubblica, nonché organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale, anche mediante forme di partenariato pubblico-privato, con un imprenditore selezionato con la procedura di evidenza pubblica di cui all'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/20162; l'imprenditore deve possedere i necessari requisiti qualificativi e di professionalità tecnica in relazione alla prestazione per cui la società viene costituita (art. 17, commi 1 e 2 T.U. Partecipate);
autoproduzione di beni o servizi (volutamente soltanto) 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. A proposito della "strumentalità" dei servizi è stata respinta la proposta della Conferenza Unificata volta all'inclusione delle ipotesi di svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative. Il comma 5 del medesimo art. 4 vieta alle Società controllate da Enti locali che perseguono dette attività di costituirne nuove o acquisire nuove partecipazioni. Fatti salvi i principi di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti, tale divieto non si applica a tutte le società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di Enti Locali (cd. holding);
servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministra-zioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016. «Al comma 2, lettera e), sono state accolte le proposte della Conferenza unificata volte a precisare che nei servizi di committenza sono incluse le attività di committenza ausiliarie ed è stato operato, in accoglimento delle osservazioni delle Commissioni parlamentari, del Consiglio di Stato e della Conferenza unificata, il coordinamento con il nuovo codice degli appalti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Si precisa che non è stata accolta la proposta della Conferenza unificata di precisare nel presente decreto che le società a controllo pubblico, laddove svolgano attività di centrale di committenza, siano titolari di affidamenti di servizi ai sensi dell'articolo 37, paragrafo 4, della direttiva 24/2014/UE, in quanto il testo unico disciplina le società e non gli affidamenti».

[10] Sul punto si rinvia al recente lavoro Donativi, *Diritto societario Enti Locali e P.A., le società a partecipazione pubblica,* ed. I, Milano, 2016, p. 98.

[11] Nel parere del Consiglio di Stato del 21 aprile 2016 sullo schema di decreto recante "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica", giudici amministravi in sede consultiva hanno avuto cura di soffermarsi sulle differenze tra atto deliberativo e atto costitutivo: «dal testo in esame non chiarisce il rapporto tra l'atto amministrativo con cui viene deliberata la costituzione e l'atto costitutivo della società, che non possono coincidere. L'atto deliberativo, oltre a dover essere emanato con decreto dell'organo di vertice dell'Amministrazione interessata (Stato, Regioni, Comuni o altri enti pubblici), contiene l'analitica motivazione sulla scelta operata dall'Amministrazione, con riguardo: – alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4; – agli obiettivi gestionali cui deve tendere la società, sulla base di specifici parametri qualitativi e quantitativi; – alle finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; – alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Tale atto, dunque, si connota come un tipico atto di organizzazione di natura discrezionale, sottoposto al controllo della Corte dei conti, e in nessun caso può assumere la funzione

"analiticamente motivato" con riferimento alla necessaria costituzione della società per il perseguimento delle finalità istituzionali previste dall'art. 4.

Nella motivazione, la pubblica amministrazione deve, altresì, evidenziare gli obiettivi gestionali cui deve attenersi e se si avvalga, per l'esercizio delle funzioni che le sono attribuite, di un qualche *know how* e delle competenze generate in un contesto di ricerca. La motivazione deve tener conto che la scelta dell'amministrazione di costituire una nuova entità giuridica sia compatibile con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'atto deliberativo riconosce la compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme del diritto europeo; lo schema di atto deliberativo è poi sottoposto dagli Enti Locali a consultazione pubblica.

L'incidenza della motivazione nell'atto costitutivo della costituenda società – di dichiarata di natura pubblicistica – sottolinea come l'agire della pubblica amministrazione ricalca il paradigma di una procedura ad evidenza pubblica, nell'ambito della quale le ragioni concrete di cura dell'interesse pubblico, che nel caso vengono realizzate attraverso la costituzione di un nuovo organismo societario, devono essere rese note attraverso una determinazione preventiva tesa a conferire legittimità – attraverso lo schema norma-potere-effetto – all'esercizio dell'autonomia privatistica della P.A[12].

Ne consegue che il disposto dell'art. 5 fornisce anche gli elementi necessari per individuare la causa concreta del atto deliberativo a fronte del quale l'amministrazione decide costituire una società partecipazione pubblica. Trattasi di un contratto ad oggetto pubblico, in cui è consentito alla pubblica amministrazione la possibilità di provvedere soddisfare esigenze pubblicistiche attraverso strumenti tipici dell'autonomia negoziale[13], purché la ragione pratica dell'operazione economica si consoli in una determinazione a contrarre – resa all'esito un procedimento amministrativo – da cui emerge e si cristallizza la volontà dell'amministrazione.

Come noto, la facoltà di agire *iure privatorum* è espressamente riconosciuto dal comma 1-*bis* dell'articolo 1 legge 241 del 90; all'uopo la scelta dello strumento privatistico impone alla pubblica amministrazione di mantenere la stessa imparzialità e trasparenza propria dell'attività amministrativa e di delimitare che l'atto di diritto privato sia idoneo ad assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione.

Dal combinato disposto delle regole del TUSPP rese in tema di costituzione della società pubbliche – di cui agli articoli 4, 5 e 7 – si può arrivare a sostenere che la costituzione di una società ricalca il archetipo di un contratto ad oggetto pubblico, in virtù del quale all'atto costitutivo e allo statuto societario ci si arriva attraverso una fattispecie a formazione progressiva, in cui assume particolare rilievo la motivazione analitica – sottesa all'atto deliberativo – che deve contenere le ragioni di interesse pubblico che si intendo tutelare attraverso il nuovo ente giuridico.

Sul punto l'art. 7 ha la cura di prevedere la forma dell'atto prodromico alla costituzione dell'ente «la deliberazione di partecipazione di un'amministrazione pubblica alla costituzione di una società è adottata con: a) decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, in caso di partecipazioni statali; b) provvedimento del competente organo della regione, in caso di partecipazioni regionali; c) deliberazione del consiglio comunale, in caso di partecipazioni comunali; d) delibera dell'organo amministrativo dell'ente, in tutti gli altri casi di partecipazioni pubbliche»[14].

Va sottolineato che l'osmosi tra il diritto commerciale e il diritto amministrativo viene suggellata dal comma 3 dell'art. 7, nella parte in cui si stabilisce che l'atto deliberativo deve altresì contenere l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata[15].

di atto costitutivo della società pubblica, dotato del contenuto tipico degli atti negoziali».

[12] Analogamente, nell'ambito degli accordi sostitutivi di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione adottata dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

[13] Con l'evoluzione dell'ultimo ventennio sono totalmente mutate le regole di agire della PA. Come noto la tradizionale supremazia dell'amministrazione ha ceduto il passo ad una concezione in cui assume maggiore rilievo la natura funzionale della sua attività, il cui esercizio a volte avviene in maniera autoritativa e unilaterale con il mantenimento della posizione di supremazia, ma altre volte avviene attraverso atti privatistici. Sul punto cfr. Giovagnoli - Chieppa, *Manuale diritto amministrativo*, II ed, Milano, 2012, p. 404.

[14] Stando all'art. 3, comma 28 ss., l. n. 244/2007, difatti, era solo previsto: (*i*) che l'assunzione di partecipazioni fosse autorizzata dall'organo competente; (*ii*) che la delibera di autorizzazione dovesse essere «motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27»; (iii) e che la stessa delibera dovesse essere «trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti». L'organo competente, a sua volta, non era direttamente individuato dalla norma, ma avrebbe dovuto esserlo in via di ricognizione e ricostruzione della disciplina legale e statutaria propria di ciascun ente pubblico. Faceva eccezione la sola previsione di cui al comma 28-bis, nel quale si precisava che «Per le amministrazioni dello Stato, l'autorizzazione di cui al comma 28 è data con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze».

[15] La società può essere costituita per contratto o per atto unilaterale. L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare:

1) il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la citta-

Con riferimento alla possibilità di generare una s.p.a. da atto unilaterale, va precisato che prima che tale facoltà fosse espressamente prevista dall'art. 2328 c.c., era già consentito nel sistema previgente costituire società a partecipazione pubblica unilateralmente. Si trattava di s.p.a. risultanti dalla trasformazione di enti creditizi (l. 30 luglio 1990, n. 218 e artt. 1-18, d.l-gs. 20 novembre 1990, n. 356) o dalla privatizzazione di società interamente possedute dallo Stato o da enti pubblici (art. 10, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con l. 30 luglio 1994, n. 474), di società pubbliche la cui costituzione è imposta dalla legge ovvero costituite direttamente per legge[16] (cd. società coattive: v. d.l. 5 dicembre 1991, n. 386, convertito con l. 29 gennaio 1992, n. 35; art. 15, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359).

L'articolo 7 al comma 3 si occupa anche disciplinare le ipotesi in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, precisando che la scelta di questi ultimi deve avvenire con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Viene recepito quanto già dato per pacifico in tema di società miste nel panorama legislativo e giurisprudenziale, sia a livello comunitario [17] che a livello della giurisprudenza italiana[18].

Sul tema ha fatto scuola la massima della sent. Corte Giust. CE, III, 15-10-2009 (causa C 196/08), per la quale gli artt. 43, 49 e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti ai principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni. L'approccio ermeneutico riportato è stato recepito a livello nazionale anche dalla Consiglio di Stato con la celeberrima Plenaria n. 1/2008 [19].

dinanza dei soci e degli eventuali promotori, nonché il numero delle azioni assegnate a ciascuno di essi;
2) la denominazione e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie;
3) l'attività che costituisce l'oggetto sociale;
4) l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato;
5) il numero e l'eventuale valore nominale delle azioni, le loro caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione;
6) il valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura;
7) le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti;
8) i benefici eventualmente accordati ai promotori o ai soci fondatori;
9) il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società;
10) il numero dei componenti il collegio sindacale;
11) la nomina dei primi amministratori e sindaci ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e, quando previsto, del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti[2];
12) l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società;
13) la durata della società ovvero, se la società è costituita a tempo indeterminato, il periodo di tempo, comunque non superiore ad un anno, decorso il quale il socio potrà recedere.
Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.

[16] Sul punto, in dottrina, v. Ibba, *Le società legali*, Torino, 1992, p. 1991.

[17] "Libro Verde"; Corte giust.CE, 15-10-2009, C-196/08, Urb. e App. 2010, 156; Comunicazione interpretativa della Commissione sull'aggiudicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), in GUCE, 12 aprile 2008, C/81/4.

[18] v., per tutte Cons. Stato, AP 3-3-08, n. 1, in *Urb. e App.*, 2/2010, 1008; R. Rorigliano, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*, in *Urb. e App.*, 2008 p. 1018-1019.

[19] «Il modello della società a capitale misto pubblico - privato, che non va confuso con quello dell'*in house providing*, è visto con favore a livello comunitario, dal momento che consente alla pubblica amministrazione di acquisire *know how* e una gestione più manageriale. Tuttavia, il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva. Tale regola è espressione dei principi del Trattato dell'U.E.; ossia del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento, tutti principi direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario. Inoltre, la messa in concorrenza è attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della Cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Pur non essendo elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo, la legittimità dell'affidamento alla società mista va valutato alla stregua dei principi già affermati dal Consiglio di Stato in sede consultiva (III, n. 456/07). Applicandoli al caso di specie, l'affidamento del servizio alla società mista risulta illegittimo perché: a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima dell'affidamento del servizio alla società mista; b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società stessa nell'ambito dell'ente pubblico affidante; e) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima; d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento; e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario; f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari; g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni». Cons. Stato, Adunanza Plenaria n. 1 del 2008, *www.giustizia-amministrativa.it*.

3. L'adeguamento degli statuti delle società a partecipazione pubblica

È interessante soffermarsi sulla norma del Testo unico che impone l'adeguamento degli statuti delle società a partecipazione pubblica entro 31.12.2016[20]. Prima dell'aggiornamento degli statuti le amministrazioni sono chiamate a valutare, in termini di sostenibilità, se le società in cui detengono partecipazioni dirette o indirette, siano strettamente necessarie[21].

Per l'adeguamento degli statuti occorre che gli enti soci – che costituiscono l'organo di direzione delle società partecipate – provvedano nell'immediato a valutare quali società partecipate necessitano dell'adeguamento dello statuto.

Anche in fase di adeguamento è prevista una fase pubblicistica, in quanto la proposta di adozione del nuovo statuto, prima che venga discussa in assemblea della società interessata, deve passare in consiglio comunale ai sensi dell'articolo 7 TUSSP[22]. È chiaro che un tale passaggio potrebbe allungare le tempistiche procedimentali relative all'adeguamento statutario.

Per quanto concerne il contenuto delle modifiche da apportare va, in via principale, segnalata la necessità di esplicitare le circostanze che confermino la situazione del controllo analogo da parte dell'organo pubblico costituente, approfittando per verificare anche che le varie clausole statutarie non siano in contrasto – ma conformi – a tale principio comunitario (es. poteri dell'organo amministrativo, decisioni da riservare all'assemblea dei soci, i flussi informativi da assicurare, previsione o meno di soci privati e relative prerogative).

Con riferimento all'oggetto sociale esclusivo è necessario che lo statuto precisi che l'attività sia conforme a quelle consentite dal nuovo testo unico (ai sensi dell'articolo 4 comma 4) e che l'attività gestionale sia svolta prevalentemente con gli enti soci.

Altro aspetto rilevante si rinviene nel fatto che il nuovo statuto deve osservare i principi di cui all'articolo b11 del testo unico, tra cui: la composizione dell'organo amministrativo, il rispetto del principio di equilibrio di genere, l'eventuale precisazione dei principi da seguire per i compensi, le deleghe gestionali da riservare ad un solo amministratore, l'eliminazione delle previsioni statutarie relative alla carica di vice-presidente, alla corresponsione di gettoni di presenza o di premi di risultato dopo lo svolgimento dell'attività, alla corresponsione di Tfm, alla istituzione di organi

[20] Art. 26 TUSPP, comma 1, «Le società a controllo pubblico già costituite all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente decreto entro il 31 dicembre 2016».

[21] Entro il 31 dicembre di ogni anno le PA effettuano, con proprio provvedimento un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni dirette o indirette, predisponendo un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione, qualora, in sede di analisi, rilevino:

a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4;
b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali;
d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro;
e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti;
f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento;
g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.

I piani di razionalizzazione sono corredati da una relazione tecnica, con specifica indicazione di modalità e tempi di attuazione, e devono essere trasmessi alla struttura competente per il controllo e il monitoraggio dell'attuazione del T.U. individuata presso il MEF e alla sezione di controllo della Corte dei Conti competente. Entro il 31 dicembre dell'anno successivo le PA predispongono una relazione sull'attuazione del piano di razionalizzazione evidenziando i risultati conseguiti. Disciplina transitoria: salva l'immediata applicazione della disciplina sulla revisione straordinaria (art. 24), si procederà alla razionalizzazione periodica a partire dal 2018, con riferimento alla situazione al 31 dicembre 2017. L'art. 24 detta poi le regole per la revisione straordinaria delle partecipazioni prevedendo che entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto le PA devono effettuare, con provvedimento motivato, la ricognizione di tutte le partecipazioni dirette ed indirette possedute alla medesima data, individuando quelle che devono essere alienate o oggetto delle misure di cui all'art. 20 (piani di riassetto). Il provvedimento deve essere inviato alla competente Corte dei Conti ed alla struttura del MEF indicata all'art. 15. L'alienazione va effettuata entro un anno dalla conclusione della ricognizione. In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti dall'art. 2437-*ter*, comma 2, c.c. e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* del c.c. Infine, al fine di favorire i processi di revisione straordinaria delle partecipazioni, in occasione della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento in favore della società a controllo pubblico interessato di tali processi, il rapporto di lavoro del personale già impiegati nell'appalto o nella concessione continua con il subentrante nell'appalto o nella concessione ai sensi dell'articolo 2112 del c.c (fonte *http://www.zoppolatoeassociati.it/news/testo-unico-in-materia-di-societa-a-partecipazione-pubblica-d-lgs--n--175-2016-un-primo-inquadramento*).

[22] Gli aggiornamenti da approvare entro quest'anno non sono «automatici», ma richiedono ai soci l'esercizio di un minimo di discrezionalità, ragion per cui appare ineludibile (salvo i rari casi di piena conformità dello statuto vigente alle nuove norme) il passaggio deliberativo nei consigli comunali, come previsto dall'articolo 42, comma e, lettera e) del d.lgs. 267/2000 e la successiva approvazione delle modifiche nell'assemblea straordinaria della società, da convocare entro il 31 dicembre. Si ritiene che, nella pratica, l'onere di elaborare la proposta delle modifiche statutarie ricada sull'organo di amministrazione della società, ovviamente in stretto raccordo con le amministrazioni socie (fonte *http://www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/art/fisco-e-contabilita/2016-11-25/partecipate-31-dicembre-prima-scadenza-la-riforma-madia-143724.php?uuid=AB0JO4bB*).

diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dalla norme generali sulle società.

Nello statuto deve essere espressamente previsto il divieto di costituire nuove società e/o di acquisire nuove partecipazioni per le società che svolgano (anche) attività di autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti partecipanti.

In conformità con le nuove regole e i nuovi strumenti di governo societario, di cui all'articolo 6 TUSPP, gli statuti devono predisporre programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, regolamenti interni per la conformità alle norme di tutela della concorrenza, l'ufficio del controllo interno di gestione, i codici di condotta e i programmi di responsabilità sociale di impresa, valutandone le modalità di adozione e l'eventuale formazione e motivazione della volontà soggettiva di non adottarli, gli obblighi informativi diversi previsti dal nuovo testo unico, tra cui quelli riservati alla nuova struttura del Mef, ex articolo 15 del Tu.

Nel caso in cui le società a partecipazione pubblica prevedevano eventuali deroghe alle disposizioni del codice civile (ad es. speciali categorie di azioni, durata patti parasociali, ecc.), soprattutto per le *in house*, ex articolo 16 del testo unico o per le società miste, ex articolo 17 del Tu, tali eccezioni devono essere indicate nello statuto adeguato.

Infine, bisogna inserire gli strumenti che possono assicurare il massimo livello di trasparenza sull'uso delle risorse (compreso le modalità di acquisto di beni e servizi e di reclutamento del personale) e sui risultati ottenuti.

Si è evidenziato che, alla luce del nuovo testo unico, non sono pochi gli elementi di adeguamento statutario di una società pubblica, e, soprattutto, per evitare un semplice adempimento «copia e incolla» occorrerà "negoziare" le modifiche e gli aggiornamenti delle varie disposizioni che potrebbero anche stravolgere lo statuto attuale delle società stesse[23].

4. La tipizzazione dell'invalidità derivata tra l'atto costitutivo e gli atti endosocietari

Elemento innovativo della norma in questione è rappresentato dal comma 6 dell'art 7 TUSPP, il quale dispone che nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo di una o più amministrazioni pubbliche partecipanti, o l'atto deliberativo di partecipazione di una o più amministrazioni sia dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni sono liquidate secondo quanto disposto dall'articolo 24, comma 5. Se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 del codice civile.

L'indicata disposizione disciplina i rapporti di invalidità derivata che sussistono in tema di sorte dell'atto privatistico a seguito dell'annullamento del provvedimento amministrativo (*rectius*: atto deliberativo) a valle. Anche con riferimento a tale aspetto la norma recepisce i recenti arresti pretori.

In particolare, tale questione era stata definita in maniera adamantina dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che con sentenza resa nell'Adunanza Plenaria, n. 10 del 2011, si era già occupato delle conseguenze relative all'annullamento degli atti di un procedimento amministrativo preordinato alla stipulazione di un negozio di diritto privato, tale sentenza, a differenza del nuovo testo di legge, provvede anche a definire il regime giuridico che deriva da tale situazione in punto di giurisdizione. Secondo l'argomentare dei giudici amministrativi, gli atti unilaterali prodromici ad una vicenda societaria, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima, sono soggetti alla giurisdizione del giudice Amministrativo. Tali atti vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali, sempre imputabili all'ente pubblico, con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società).

Nella sostanza si arriva alla conclusione in base alla quale, nei casi in cui un negozio di diritto privato posto in essere da una pubblica amministrazione è preceduto da un procedimento amministrativo, l'annullamento degli atti del procedimento non comportano, di regola, l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle, producendo piuttosto una invalidità derivata, che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale.

In punto di giurisdizione, l'adunanza plenaria n. 10 del 2011, ha precisato che gli atti di un ente pubblico di costituzione, modificazione, estinzione e scissione di una società, incidendo sull'organizzazione dell'ente, sono espressione di potestà di diritto pubblico e sono impugnabili in sede di giurisdizione amministrativa. Gli atti a valle della scelta di fondo concernente l'utilizzazione del modello societario, invece, sono manifestazione dei poteri ordinari dell'ente pubblico quale azionista, si traducono in atti societari dal punto di vista oggettivo e soggettivo, seguono il modello privatistico e le controversie ad essi relative spettano alla giurisdizione ordinaria.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso in data 21 aprile 2016 sullo schema di decreto recante «Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica», aveva già avuto modo di soffermarsi sulla questione, rilevando che le norme rese dal TUSPP in tema di costituzione di società pubbliche (con riferimento agli artt. 4, 5 e 7) risultano poco coerenti con l'impostazio-

[23] D'Aries, *Partecipate pubbliche, tempi stretti per l'aggiornamento degli statuti*, Newsletter a cura di Unione Provinciale Enti Locali n. 8 del 18 ottobre 2016 *www.upel.va.it.*

ne tendenzialmente privatistica data dal decreto in esame alla disciplina delle società partecipate e potrebbe creare problemi sul piano della tutela giurisdizionale, per via della commistione di profili eterogenei: l'atto deliberativo è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, l'atto negoziale spetta alla cognizione del giudice ordinario[24].

Infine, l'introduzione del comma 6 dell'art. 7 pone all'operatore del diritto questioni di non poco momento in relazione all'esatta individuazione della natura giuridica dell'invalidità che si riverbera dall'atto deliberativo agli atti endosocietari adottati dalla società, in particolare bisogna approfondire le ricadute dirette sull'organizzazione o il funzionamento della società e/o sugli atti posti in essere dalla società con i terzi.

Il problema si pone in relazione al fatto che tali organismi societari si occupano di finalità strumentali alla cura dell'interesse pubblico. Ne consegue che è necessario valutare attentamente tale tipo di invalidità che incidenza abbia sugli atti *medio tempore* posti in essere dagli organi sociali.

Contemperando i principi giuridici che sovvengono nel caso di specie, è chiaro che si richiedono le identiche esigenze di stabilità e di conservazione degli atti societari che sono alla base dell'intera disciplina in materia di società di capitali. Infatti, non a caso la norma in questione richiama l'art. 2332 c.c., mostrando una chiara opzione legislativa tesa ad aggiungere una ulteriore causa di nullità, evidentemente di diritto speciale, che si aggiunge a quelle generali ivi contemplate dalla norma codicistica[25]. La soluzione indicata può dirsi soddisfacente se l'atto adottato dall'ente societario sia di natura privatistica.

In realtà, va precisato che tali enti possono adottare anche atti di natura amministrativa. In questi casi emergono principi e regole in parte diversi da quelli enunciati. Con riferimento alle società a partecipazione pubblica, l'esigenza di conservazione degli atti amministrativi – emessi nelle more da una società costituita all'esito di un atto deliberativo invalido – è coerente con il principio di continuità dell'azione amministrativa, anche in considerazione del fatto che l'ente societario è organo di amministrazione indiretta equiparabile a certi fini alla P. A. (ad es. si applicano le norme derivate dalla L. n.241 del 1990, limitatamente all'esercizio delle funzioni pubbliche; in tema di diritto accesso; in tema di appalti, se la società ricalca gli elementi dell'organismo di diritto pubblico, è obbligata ad attivare una procedura ad evidenza pubblica con diretta applicazione del codice dei contratti pubblici ecc…).

La conseguenza logica di tale enunciato sarebbe quella di spostare sul piano del diritto amministrativo l'inquadramento dei vizi trattati: se è vero che la società pubblica è legittimata ad adottatore anche atti amministrativi, è altrettanto vero che tali provvedimenti non possono automaticamente invalidarsi a seguito dell'annullamento o la mancanza dell'atto deliberativo, altrimenti opinando si arrecherebbe un *vulnus* alla sfera degli interessi pubblici tutelati dal singolo atto. Pertanto, nel rispetto del principio dell'affidamento, è evidente che sul piano pratico l'atto di natura amministrativa è abilitato disciplinare il caso concreto anche nel caso di scioglimento della società per annullamento dell'atto deliberativo, salvo l'ipotesi in cui l'atto a valle non sia in regime di stretta correlazione con l'atto presupposto illegittimo. In tali casi tra gli atti sussiste un nesso di derivazione diretta che comporta la caducazione automatica dell'atto consequenziale. Ne consegue che l'annullamento potrebbe anche essere disposto dal giudice amministrativo, evitando un'inutile duplicazione di tutela per il cittadino, il quale, per agire a difesa dei propri diritti e interessi ex art. 24 Cost, dovrebbe adire prima la giurisdizione amministrativa dipoi quella ordinaria.

[24] «A livello sistematico, il nostro ordinamento opta, nell'ambito dell'attività mista, in cui si intrecciano atti pubblicistici e atti privatistici, per separare i due momenti. Così, nella disciplina dei contratti pubblici, è principio acquisito la distinzione tra l'atto di aggiudicazione, con cui l'Amministrazione conclude il procedimento di selezione del contraente, e l'atto di stipulazione contrattuale. Sarebbe necessario, dunque, che il testo chiarisse come la decisione dell'ente pubblico tesa a esternare le ragioni della costituzione di una società di capitali e la manifestazione di volontà diretta alla formale costituzione dell'ente siano contenuti in atti separati, essendone differente la natura e il conseguente regime di eventuale impugnabilità dinanzi a giurisdizioni diverse». Parere del Consiglio di Stato del 21 aprile 2016 sullo schema di decreto recante «Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica».

[25] Come osserva Donativi, *Diritto societario Enti Locali e P.A., le società a partecipazione pubblica*, ed. I, Milano, 2016, p. 98, tale ipotesi potrebbe essere assimilata a una delle tradizionali ipotesi cui veniva ricondotta la vecchia (e poi abrogata) causa di nullità da "mancanza dell'atto costitutivo" (intesa come ipotesi di difetto di capacità assoluta di tutti i soci fondatori), così come a quell'altra delle cause di nullità (del pari non più riprodotte nell'art. 2332 c.c.) che afferiva alla "impossibilità dell'oggetto sociale".

Luigi Giordano - Andrea Nocera
Magistrati, in servizio presso l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

Market abuse: Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio

abstract

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

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

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

keywords

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

abstract

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

parole chiave

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

sommario

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

Premessa

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

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

[1] Per una ricostruzione della disciplina sanzionatoria in tema di abusi di mercato si veda S. Giavazzi, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in G. Canzio - L.D. Cerqua - L. Lupària, *Diritto penale delle società*, Milano, 2016, p. 637 e ss.

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

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

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

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

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

La legge n. 62 del 2005, recependo la dir. Ce 2003/6/CE, ha realizzato un modello sanzionatorio definito in gergo "doppio binario" cd. cumulativo[6]. Sono stati introdotti, infatti, illeciti amministrativi che, nella struttura e finanche nella denominazione, ricalcano in gran parte quelli penali e, quindi, ben possono colpire i medesimi fatti materiali. Tale scelta legislativa, come è facilmente comprensibile, ha determinato il contrasto con il divieto di *bis in idem* previsto dall'art. 4, prot. 7, CEDU e, in ambito euro-unitario, dall'art. 50 cost. Ue[7].

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

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

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

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

[3] Al compimento degli illeciti penali e amministrativi illustrati, infine, segue la confisca obbligatoria del prodotto e del profitto conseguito, anche per equivalente.

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

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

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

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

[8] Corte Giust., Sez. III, 23 dicembre 2009, Spector Photo Group N.V. c. CBFA, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 761.

[9] Si allude a Corte Giust., Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, *in Dir. pen.*

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

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

2. Il caso Grande Stevens c. Italia

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

Su questo specifico punto, il Governo italiano ha replicato sostenendo che gli art. 2 e 4 del Prot. n. 7 si applicano solo agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali. La legge italiana, tuttavia, non definisce penali gli illeciti sanzionati dalla Consob.

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

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

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

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

3. Le diverse soluzioni prospettate

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

proc., 2015, 1, p. 114. Per un commento a questa decisione si veda M. Piazza, *Il principio del ne bis in idem nella sentenza CGUE*, in *Quest. Giust*. 22 marzo 2013.

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

[11] Corte E.D.U., 8 giugno 1976, Engel ed altri contro Paesi Bassi, serie A, n. 22, in *Foro it.*, 1977, IV, 1.

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

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

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

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

Un altro orientamento sostiene che l'art. 649 c.p.p., norma nazionale che limita l'area applicativa del principio del *ne bis idem,* debba essere disapplicata direttamente dal giudice nazionale perché in contrasto con l'art. 50 cost. Ue[17]. Secondo questa opinione, l'unica alternativa alla disapplicazione sarebbe rappresentata dalla proposizione di un rinvio pregiudiziale alla Corte Giust. ai sensi dell'art. 267 tr. Ce per evidenziare il contrasto tra la normativa euro-unitaria in tema di divieto di secondo giudizio e le regole interne. In questo caso sarebbe la Corte europea a definire i criteri per superare la frizione tra l'ordinamento interno e quello nazionale[18]. Il limite di questa soluzione è rappresentato dal fatto l'applicazione diretta dell'art. 50 cost. Ue presuppone che la materia ricada nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea.

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

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

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

La Corte Cost., con la sentenza n. 102 del 2016[22],

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

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

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

[16] Cfr. Cass. pen., 13 marzo 2015, n. 12590, in *C.E.D. Cass. pen. 2015.*

[17] F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte eur. dir. uomo*), in *Dir. pen. cont.*, 2014, III-IV., 219; Id., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, cit.

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

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

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

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

[22] Corte cost., 8 marzo 2016, n. 102, in *www.cortecostituzionale.it*.

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

La Corte Cost. ha reputato inammissibile anche la questione di costituzionalità dell'art. 649 c.p.p., sollevata in via subordinata, sempre per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 4. prot. 7, CEDU, nella parte in cui la disposizione impugnata non prevede «l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale» ai sensi della CEDU e dei suoi protocolli. La Consulta ha rilevato che l'eventuale intervento additivo richiesto sull'art. 649 c.p.p. avrebbe avuto unicamente l'effetto di impedire la celebrazione o la conclusione di un secondo procedimento o processo per il medesimo fatto, senza però determinare alcun ordine di priorità tra sanzione penale e amministrativa. In tale modo, però, la determinazione della concreta risposta sanzionatoria dipenderebbe dalla circostanza aleatoria di quale dei due procedimenti sanzionatori venga definito più celermente. L'accoglimento della questione avrebbe semplicemente impedito l'irrogazione della seconda sanzione, ma non determinato l'inserimento nell'ordinamento di rimedio strutturale contro la prospettiva di un doppio procedimento per lo stesso fatto. Un simile rimedio sarebbe, infatti, assicurato solo da un intervento legislativo di riforma dell'attuale sistema sanzionatorio degli abusi di mercato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diversa invece la valutazione della Corte in relazione al secondo aspetto di contrasto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4, prot. n. 7, CEDU, concernente la regola, enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto di una nuova azione del pubblico ministero.

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

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

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

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

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

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

[25] M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen. (Web)*, 2015, I.

[26] Cass. pen., 21 aprile 2016, n. 25815, in *Fisco*, 2016, 29, p. 2878.

terpretazione … che ne estenda l'ambito applicativo a sanzioni irrogate l'una dal giudice penale, l'altra da un'autorità amministrativa».

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

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

7. Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione civile

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

In particolare, Sez. T, ordinanza n. 20675/2016[32], ha evidenziato la necessità di una lettura del principio unionale del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 50 cost. Ue che si riallinei al corrispondente principio posto dalla CEDU, al fine di rilevare il contrasto tra le regole interne e la normativa europea in tema di divieto di secondo giudizio.

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

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

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

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

[27] cfr., Cass. pen., 11 febbraio 2015, n. 19334, Andreatta, in *Corr. trib.*, 2015, 28, 2197.

[28] Cass. pen., 12 maggio 2016, n. 27814, inedita; Cass. pen., 13 luglio 2016, n. 42470, inedita; Cass. pen., 15 gennaio 2016, n. 1376, inedita; Cass. pen., 13 luglio 2016, n. 38134, inedita.

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

[30] Cass. Pen., 13 luglio 2016, n. 42470, cit.

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

[32] Il caso riguardava l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 187-*ter* t.u.f. nei confronti dell'amministratore di due società per condotte di manipolazione del mercato consistite in operazioni speculative volte a sostenere le quotazioni delle azioni di una società editoriale di primaria rilevanza per finalità personali e nella diffusione di informazioni al pubblico che alimentavano le aspettative di una "scalata" ostile, tali da provocare l'anomalo andamento del titolo. Al medesimo soggetto era stata applicata su richiesta una pena detentiva ed irrogate le prescritte pene accessorie interdittive, per il reato, tra gli altri, di cui agli artt. 81 c.p. e 185 t.u.f. La pena era stata, poi, dichiarata estinta per l'indulto di cui alla legge n. 241 del 2006.

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

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

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

sanzionatorio alla luce del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4, prot. 7, CEDU[36].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Gli scenari futuri

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

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

Il Tribunale di Milano, con l'ordinanza illustrata, ha mostrato di aver immediatamente compreso il senso della pronuncia, la quale, peraltro, richiamando parametri connotati da una certa indeterminatezza, non esclude la necessità di un intervento normativo, teso a portare una chiarezza definitiva sul tema del doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato.

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

Michele Palagano, Chiara Sangiuolo, Luca Stanziola
Dottorandi di ricerca presso l'Università "Parthenope" di Napoli

Il principio di sussidiarietà alla luce della riforma costituzionale *

abstract

This contribution, which follows up on a work previous to the results of the referendum of the 4th of December 2016, analyses the effects of the constitutional reform on the principle of subsidiarity. Specifically, it seeks to examine the mentioned principle in its horizontal dimension – as laid down under art. 118, paragraph IV, of the Italian Constitution – in order to evaluate its impact on private law by means of the combined reading with Article 1322 of the Italian Civil Code.

It also preliminary focuses on the impact of the new Article 117 of the Italian Constitution on the system laid down by the interaction of the previous version of the mentioned article with the rulings of the Italian Constitutional Court. Rulings that represent the starting point and, presumably, the end result of the discipline at issue.

keywords

Constitutional reform – Vertical subsidiarity – Horizontal subsidiarity – Contractual autonomy – Supremacy clause – Substitutive power.

abstract

Il presente contributo, frutto di un lavoro precedente al risultato referendario del 4 dicembre, si propone di analizzare gli effetti della riforma costituzionale sul principio di sussidiarietà. Si è in particolare cercato di esaminare il principio in parola nella sua declinazione orizzontale ex art. 118 comma IV Cost., vista la rilevanza che esso assume anche nel diritto privato, letto in combinato disposto con l'articolo 1322 cod. civ.

Preliminarmente, tuttavia, si è reso altresì opportuno focalizzare l'attenzione sull'impatto del nuovo testo dell'art. 117 Cost. sul sistema prodotto dall'interazione della precedente versione della disposizione in parola con le pronunce della Corte Costituzionale, che rappresentano il punto di partenza e verosimilmente di arrivo della disciplina in commento.

parole chiave

Riforma costituzionale – Sussidiarietà verticale – Sussidiarietà orizzontale – Autonomia negoziale – Clausola di supremazia – Potere sostitutivo.

La stagione autunnale sarà segnata dalla chiamata dei cittadini alle urne, al fine di consentire loro l'espressione di un voto nei termini sintetici di un sì o di un no.

Oggetto della votazione è un quesito referendario che racchiude una pluralità di aspetti diversi, tuttavia avvinti dall'unità formale del testo e, conseguentemente, del voto[1].

Si tratta nella specie di un referendum confermativo, pertanto non necessitante di un *quorum* prestabilito ai fini della sua validità. Infatti, a differenza del referendum abrogativo, nel referendum confermativo, detto anche costituzionale o sospensivo, si procede al conteggio dei voti validamente espressi indipendentemente dal fatto che abbia partecipato o meno alla consultazione la maggioranza degli aventi diritto al voto.

La delicatezza del quesito referendario ha dato, naturalmente, adito al formarsi di opinioni fortemente contrastanti tra di loro: sono, infatti, stagliati su fronti contrapposti i comitati a sostegno del sì e del no, entrambi autorevolmente sostenuti.

I costituzionalisti stagliati sul fronte del no temono le conseguenze della risposta dei cittadini, chiamati ad esprimere un consenso/dissenso *in toto,* senza avere la possibilità di orientare diversamente la propria sensibilità alla luce del variegato numero dei quesiti. Non stupiscono, dunque, le aspre critiche sorte sul punto, soprattutto in relazione all'oggetto del quesito ed alla modalità di formulazione dello stesso, che secondo voci autorevoli sarebbe fuorviante ed eccessivamente semplicistico[2].

---

* Atti del convegno tenuto il 15 novembre 2016 presso l'Università di Napoli "*Parthenope*" di Napoli.

[1] Il testo del quesito sarà il seguente: «Approvate voi il testo della legge costituzionale concernente "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione" approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016».

[2] Cfr. V. Onida, *La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del NO*, in *Questione Giustizia* 2016, II, p. 16 e ss., nel quale si legge che «la libertà di voto degli elettori rischia di essere compromessa dalla mancanza di "omogeneità" dell'oggetto della riforma, per le stesse ragioni per le quali la Corte costituzionale a suo tempo stabilì che non possono essere ammessi quesiti abrogativi contenenti una "pluralità di domande eterogenee, carenti

È, dunque, necessario illustrare per sommi capi il contenuto della riforma per poi soffermarsi sullo studio del principio di sussidiarietà, con particolare riguardo ai riflessi che la riforma produrrà sul principio di sussidiarietà.

Può dirsi innanzitutto che il profilo di maggiore interesse, ai fini che interessano, è costituito dall'intento riformatore del Titolo V della Costituzione.

La riforma in argomento interverrà, in proposito, ove prevalga il sì, sull'impianto normativo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del Titolo V della Costituzione,di chiara impronta federalista.

In prima analisi può dirsi che il disegno di legge n. 12/04/2016, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15/04/2016, si pone in controtendenza rispetto alla legge n. 3 del 2001 e, per certi versi, si propone di recuperare gli spazi lasciati scoperti nel 2006.

È necessario, tuttavia, soffermarsi su alcuni aspetti, prima di entrare nel vivo della questione.

Innanzitutto, è doveroso in apertura specificare che, ove accolta, la riforma condurrà all'abbandono del cosiddetto bicameralismo perfetto nel nostro paese, che costituisce un unicum nel sistema europeo.

Leggendo il testo di legge, sembra che i tempi siano maturi per ritenere che frutto della democrazia sia l'adozione di un modello bicamerale, tuttavia non paritario[3]. Non bisogna, infatti dimenticare che la sensibilità del governo attuale si orienta nel senso di privilegiare modelli efficaci ed efficienti in linea con il valore primario della celerità, come emerge dai propositi di vari Ministri, tra i quali Maria Elena Boschi e Marianna Madia.

Il superamento del bicameralismo perfetto è infatti concentrato sul ruolo della Camera dei deputati quale centrale e semi-esclusivo nel procedimento legislativo, eccezion fatta per casi limitati nei quali viene coinvolto il Senato.

Quest'ultimo, oltre a veder ridotto il numero dei suoi componenti, peraltro privati dell'aggiuntivo trattamento economico, diviene la sede rappresentativa degli enti locali in Parlamento ed il protagonista nell'ambito del panorama europeo, in relazione alla partecipazione ed all'attuazione delle norme dell'Unione europea. Inoltre, a differenza dei membri della Camera dei deputati, quelli del Senato non muteranno allo scadere di ogni legislatura e saranno eletti da parte dei Consigli regionali.

Al Senato, ove prevalga il sì, saranno, poi, inibiti il voto e la revoca della fiducia al Governo, che rientreranno nella competenza della sola Camera. Di converso, al Senato spetterebbe la nomina di due giudici della Consulta in via autonoma rispetto alla Camera dei deputati.

In linea generale la riforma si propone l'eliminazione del CNEL, e dunque l'abrogazione dell'attuale articolo 99 della Carta costituzionale, oltre a quella delle Province[4], che scompaiono dai testi degli articoli della stessa.

Inoltre, l'intento riformatore favorisce i referendum popolari quali forme di partecipazione popolare e disegna un nuovo meccanismo di elezione del Presidente della Repubblica.

I sostenitori del sì, alla luce degli aspetti evidenziati ed in un'ottica di crescita economico-finanziaria del Paese, reputano dunque essenziale l'abbandono del

di una matrice razionalmente unitaria" (sent. n. 16 del 1978). Il referendum in questione non è abrogativo ma confermativo, ma un'esigenza analoga è innegabile: se il Parlamento avesse approvato singole leggi di revisione aventi ciascuna un oggetto ben individuabile, tale esigenza sarebbe stata pienamente soddisfatta. In mancanza, dovrebbero provvedere – pur nel silenzio della legge – ad "articolare" la domanda in più quesiti, sottoposti a voti distinti, i promotori del referendum o l'Ufficio Centrale per il referendum presso la Corte di cassazione, e se del caso la Corte costituzionale (adita in via incidentale dallo stesso Ufficio, o da promotori del referendum in sede di confitto fra poteri)». Nella stessa rivista, L. Violante, in *La replica a Valerio Onida*, risponde in questi termini «Mi sembra difficile che questa disarticolazione del quesito generale in più quesiti specifici possa essere compatibile con la legislazione vigente, che lo prevede solo per il referendum abrogativo ma non per quello confermativo». Nello stesso senso, anche A. Pace, *Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi - Boschi*, in *Giur. Cost.*, I, 2016, pp. 355 ss.: «Avendo invece la "riforma" Boschi un contenuto palingenetico, l'elettore, di fronte a disposizioni disomogenee, sarà costretto a dare un'unica risposta ancorché le scelte da compiere siano, nella specie, almeno tre che coinvolgono più di 40 articoli: 1) la modifica dell'attuale forma di governo (e cioè il rafforzamento del Governo a spese di una docile Camera dei deputati e di un Senato pur dotato di consistenti poteri legislativi, ma con senatori part-time privi di legittimazione democratica); 2) la verticalizzazione della posizione dello Stato centrale nei confronti delle Regioni; 3) l'abolizione del CNEL».

[3] In tal senso, L. Violante, *La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del SI*, in *Questione Giustizia*, fas. 2/2016, p. 23 e ss.: «Il nostro sistema costituzionale è tuttora espressione del principio di instabilità e di non decisione: il bicameralismo paritario fa sì che chi ha vinto in un ramo del Parlamento potrebbe soccombere nell'altro; la necessità della fiducia di entrambe le Camere per dar vita ad un Governo, e il fatto che sia sufficiente la sfiducia di una sola di esse per farlo cadere, accentua la instabilità politica come carattere fondamentale del sistema. La mancanza di termini entro i quali le Camere dovrebbero dare la fiducia a un Governo fa sì che le crisi possano durare un tempo indefinito, sino a quando i partiti della maggioranza non abbiano trovato una intesa ... La stabilità è conseguita attraverso il superamento del bicameralismo paritario e una legge elettorale maggioritaria, che, pur non essendo sottoposta a referendum, è strettamente connessa alla riforma. La fiducia al Governo sarà conferita o revocata non più da entrambe le Camere ma solo dalla Camera dei deputati, eletta con il premio di maggioranza previsto dal cosiddetto *Italicum*. La doppia fiducia, di Camera e Senato, un unicum nel panorama Ue, è stata una mina vagante per molti governi, compreso il governo Renzi che al Senato si sostiene con i voti del gruppo fuoriuscito da Forza Italia, diretto dal senatore Verdini. Con la fiducia da parte della sola Camera il rischio-Senato sarebbe cancellato».

[4] Le Province, peraltro, sono state di recente decurtate di alcune funzioni, che sono state attribuite alle Regioni dalla legge n. 56 del 2014, 7 aprile.

modello bicamerale perfetto, peraltro al fine di allineare l'Italia agli altri Paesi, così come la riduzione di costi e poltrone cui condurrebbe la riforma.

Ulteriore beneficio che si otterrebbe dal voto positivo sul quesito referendario è una maggiore celerità nel procedimento legislativo, che consentirebbe di ottenere leggi in tempi decisamente più rapidi[5].

Tuttavia, come anticipato, sul fronte opposto sono stagliati i sostenitori del no, i quali, nelle maglie del disegno di legge n. 12 aprile 2016, non ravvisano la svolta nel senso dell'effettivo superamento del bicameralismo paritario[6]; inoltre, gli stessi incentrano le proprie argomentazioni sul dato di un'irrisoria riduzione dei costi che si otterrebbe al netto della prevalenza del sì, che sortirebbe anche l'effetto di un inevitabile rafforzamento del Governo.

Si sostiene, altresì, che la riforma, in quanto prodotta da un Parlamento eletto attraverso una legge elettorale dichiarata incostituzionale, sia a sua volta viziata[7].

Invero, un ulteriore fronte di contrasto tra i comitati del sì e quelli del no si erge sul mutato equilibrio che la riforma determinerebbe tra lo Stato e le autonomie territoriali in genere, che rappresenta lo spunto per la riflessione in ordine all'incidenza della riforma sul principio di sussidiarietà.

Come acutamente evidenziato anche da una recente Pubblicazione a cura della Struttura affari legislativi, studi e documentazione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta[8], dalla lettura del Capo IV del disegno di legge pocanzi menzionato l'attuale riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni appare stravolto.

Può dirsi infatti che, se dovesse prevalere il sì all'imminente scrutinio referendario, il ruolo delle Regioni ordinarie sarà fortemente ridimensionato. A tal riguardo, l'articolo 31 del disegno di legge n. 12/04/2016 dispone la sostituzione dell'attuale articolo 117 della Costituzione con una nuova disposizione[9] che, tra le

[5] Cfr. sempre L. Violante, loc. cit.

[6] Così, con autorevolezza, V. Onida, *La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del NO*, cit.: «Il bicameralismo attuale non ha in realtà a che fare con poteri veto né può essere indicato come una causa che minacci la stabilità dei Governi (altro "mantra" ricorrente nel dibattito). Da quando esiste la Repubblica e fino al 2013 mai i problemi della stabilità delle maggioranze e dei governi sono dipesi dall'esistenza delle due Camere ... Ebbene, mai i problemi del formarsi o del disfarsi delle maggioranze nell'ambito della stessa legislatura – dalle vicende all'inizio degli anni Sessanta, alla formazione del governo Monti nel 2011 – sono stati dovuti all'esistenza di due Camere e ad una diversità di maggioranze all'interno di esse (la crisi, nata esplicitamente in Parlamento, del primo governo Prodi nel 1998 fu causata da un voto di sfiducia – 313 voti contro 312 – della Camera dei deputati). Nel 2013, per la prima e unica volta, e alquanto casualmente, le elezioni hanno dato luogo a due Camere che non esprimono la stessa maggioranza. Fino ad allora, Camera e Senato hanno in sostanza espresso sempre le stesse maggioranze, forti o deboli, ampie o meno ampie, coese o meno coese al loro interno».

[7] Come è noto, con sentenza n. 1 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge n. 270 del 2005 (il c.d. *Porcellum*), a causa di una «eccessiva divaricazione tra la compressione dell'organo di rappresentanza politica (...) e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto». Ma, come è stato criticamente sottolineato da autorevole dottrina, l'attuale Legge elettorale (cd. *Italicum*) ripropone in sostanza le stesse problematiche che avevano portato alla declaratoria d'incostituzionalità del cd. *Porcellum*, e cioè in particolare il *deficit* di democraticità derivante dall'elezione dei 100 candidati capilista "bloccati". In ogni caso, sembra che «il rapporto tra legge costituzionale e legge elettorale [sia] stato quindi invertito, con la conseguenza che è la legge elettorale, approvata per prima, a costituire il "perno" della riforma costituzionale, e non il contrario. È infatti l'*Italicum* ad individuare il vero obiettivo della legge costituzionale: "verticalizzare il potere e gestirlo senza ostacoli e limiti da parte di nessuno, cittadini compresi"», il tutto in spregio al sistema delle fonti del diritto (la legge costituzionale è sovra-ordinata, e quindi prevale, sulla legge elettorale, comune legge ordinaria). Si v., in particolare, A. Pace, *Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi - Boschi*, in *Giur. Cost.*, fas. I, 2016, pp. 355 ss.

[8] Tale pubblicazione, datata maggio 2016, contiene testi redatti da Anny Fontanazzi e Sandro Schincaglia con la consulenza scientifica del prof. Roberto Louvin.

[9] L'articolo 117 della Costituzione sarebbe sostituito dal seguente: «Art. 117. – La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;
b) immigrazione;
c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;
d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;
e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari e assicurativi; tutela e promozione della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; perequazione delle risorse finanziarie;
f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;
g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; norme sul procedimento amministrativo e sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l'uniformità sul territorio nazionale;
h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;
i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;
l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;
m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; disposizioni generali e comuni per la tutela della salute, per le politiche sociali e per la sicurezza alimentare;
n) disposizioni generali e comuni sull'istruzione; ordinamento scolastico; istruzione universitaria e programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica;
o) previdenza sociale, ivi compresa la previdenza complementare e integrativa; tutela e sicurezza del lavoro; politiche attive del lavoro; disposizioni generali e comuni sull'istruzione e formazione professionale;

altre innovazioni, elimina il fascio delle competenze legislative concorrenti per attribuirle in buona parte allo Stato insieme ad altre, ivi elencate.

È dunque necessario analizzare nel dettaglio le modifiche investenti l'art. 117, mentre, per quanto riguarda l'art. 118 Cost., le modifiche sono quasi ininfluenti, eccezion fatta per la codificazione, al secondo comma, degli obiettivi dell'esercizio delle funzioni amministrative, individuati nella semplificazione e nella trasparenza secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori.

Per comprendere appieno il *novum* della riforma conviene procedere all'analisi dell'art. 117 Cost. *ante* riforma, in modo da sottolineare l'impatto (dirompente) che la stessa avrebbe nell'armonia del dettato costituzionale.

Come è noto, la l. cost. n. 3/2001 è intervenuta sul riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni e si connota per l'essere stata la prima ed unica riforma organica della Costituzione; essa ha peraltro promosso un sistema di stampo federalista mediante il riconoscimento di una decisiva autonomia in favore degli enti locali[10].

Il legislatore costituzionale del 2001 ha, in particolare, riscritto l'art. 117, elencando, con una formulazione a carattere tassativo, alcune materie che rientrano nella potestà legislativa esclusiva dello Stato ed altre in cui le Regioni legiferano nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali, ponendo una normativa di dettaglio (cd. legislazione concorrente); tutte le materie non espressamente indicate sono attribuite alla potestà legislativa esclusiva delle regioni, in virtù della cd. clausola di residualità, *ex* art. 117 co. 4 nella sua formulazione attuale.

Il riconoscimento di una tale potestà legislativa regionale, seppur residuale, ha assunto un carattere particolarmente espansivo rispetto al passato, a dimostrazione dell'impronta tipicamente federalista della riforma del 2001[11].

Un sistema che, così delineato, ha generato nel tempo un numero molto elevato di controversie innanzi alla Corte Costituzionale circa il corretto riparto di attribuzioni, soprattutto in quelle materie, giustamente definite "trasversali", incapaci di una netta categorizzazione.

Vero è che lo stesso legislatore del 2001 aveva pre-

p) ordinamento, legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni e Città metropolitane; disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni;
q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; commercio con l'estero;
r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati, dei processi e delle relative infrastrutture e piattaforme informatiche dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;
s) tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici; ambiente ed ecosistema; ordinamento sportivo; disposizioni generali e comuni sulle attività culturali e sul turismo;
t) ordinamento delle professioni e della comunicazione;
u) disposizioni generali e comuni sul governo del territorio; sistema nazionale e coordinamento della protezione civile;
v) produzione, trasporto e distribuzione nazionali dell'energia;
z) infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione di interesse nazionale e relative norme di sicurezza; porti e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in materia di rappresentanza delle minoranze linguistiche, di pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno, di dotazione infrastrutturale, di programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali, di promozione dello sviluppo economico locale e organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese e della formazione professionale; salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche, in materia di servizi scolastici, di promozione del diritto allo studio, anche universitario; in materia di disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, di valorizzazione e organizzazione regionale del turismo, di regolazione, sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale, delle relazioni finanziarie tra gli enti territoriali della Regione per il rispetto degli obiettivi programmatici regionali e locali di finanza pubblica, nonché in ogni materia non espressamente riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi dell'Unione europea e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite con legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato e alle Regioni secondo le rispettive competenze legislative. È fatta salva la facoltà dello Stato di delegare alle Regioni l'esercizio di tale potestà nelle materie di competenza legislativa esclusiva. I Comuni e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, nel rispetto della legge statale o regionale.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato».

[10] L'autonomia in parola si scorge in punto di rappresentatività degli enti locali nei confronti delle rispettive popolazioni e si estrinseca nell'autonomia statutaria, organizzativa ed amministrativa degli stessi, oltre che nell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa, riconosciuta anche a Comuni, Province e Città metropolitane.

[11] In realtà, questo profilo non è pacifico in dottrina. Come infatti è stato autorevolmente sostenuto (cfr. Cerulli Irelli, *Federalismo e giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*), la Repubblica Italiana assume, più precisamente, il carattere di Stato regionale a "regionalismo forte", piuttosto che di Stato federale vero e proprio. Riferimenti in R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di Diritto Amministrativo*, IX ed., 2016.

visto dei correttivi, tra cui ad es. il potere sostitutivo di cui si può avvalere lo Stato per far fronte ad un inadempimento della Regione (art. 120 Cost.)[12]. Ma, di fatto, questo potere è stato utilizzato ben poco, e dunque non ha sortito alcun effetto rilevante.

L'attuale riforma costituzionale ratifica, in sostanza, un orientamento della Corte Costituzionale che, in un (non più tanto) recente passato, aveva più volte attratto alla competenza legislativa esclusiva dello Stato alcune materie a carattere "trasversale"; di conseguenza spogliando le Regioni della legittimazione a legiferare. Il riferimento è, in particolare, alla sent. della Corte Cost. n. 303/2003 che, nell'analizzare l'ambito applicativo degli artt. 117 e 118 Cost., ha reinterpretato la norma in esame salvaguardando la potestà esclusiva statale (a discapito, ovviamente, di quella regionale). E' stato, in particolare, sostenuto che «limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente ... significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura *istanze unitarie* che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze».

La portata della sentenza della Corte Cost. 303/2003, è a tutti noto, è stata dirompente nel panorama giuspubblicistico dell'epoca. E sembra aver ispirato la recente riforma, come si chiarirà.

La Corte, nel valorizzare il principio di sussidiarietà *ex* art. 118 Cost., inteso con il significato pratico di *subsidium* che ricorre quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere, ha espressamente statuito che – in base a tale principio – qualora «l'istanza di esercizio unitario» trascenda l'ambito regionale «la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato». I *principî di sussidiarietà e di adeguatezza* possono giustificare eventuali deroghe al normale riparto di competenze legislative soltanto se «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata».

La Corte costituzionale[13] ha poi elaborato, alla luce dell'articolo 118, in combinato disposto con l'art. 117, come innovato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, una concezione procedimentale e consensuale del principio di sussidiarietà, chiarendo, al fine del relativo operare, la necessità del perfezionamento di intese tra i diversi livelli di Governo, secondo il canone della leale cooperazione (cd. principio dell'intesa). Ad avviso della Consulta, insomma, è il raggiungimento dell'intesa a rilevare ai fini di «... una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie». La fondamentale importanza dell'intesa emerge, d'altra parte, anche da un'ulteriore considerazione: la deroga pocanzi citata non potrebbe, infatti, prodursi in assenza di tale concertazione, con la conseguenza dell'inefficacia o inoperatività del relativo oggetto[14]. In questo senso, il ruolo dello Stato non viene, in proposito sacrificato, ma conformato in un'ottica immediatamente e direttamente propulsiva, considerata ottimale dai costituzionalisti della riforma del Titolo V.

Ritornando agli effetti della riforma sul riparto delle competenze legislative ed amministrative, deve dirsi che il principio di sussidiarietà, previsto dall'art. 118 Cost., che fino a pochi anni fa non era stato considerato come principio basilare nel nostro ordinamento, vede incrementato il proprio ruolo di clausola di salvezza a tutela dell'interesse pubblico e dell'unitarietà del sistema, consentendo allo Stato di legiferare andando anche parzialmente contro l'impianto codicistico rigidamente prefigurato dall'art. 117.

A differenza del passato, in cui tutto era rigidamente scandagliato in un ordine predeterminato di competenze, che tuttavia assicurava maggiormente la certezza del diritto[15], l'attuale articolo 118, per come sostituito dall'articolo 4 della legge costituzionale n. 3 del 2001, contempla espressamente il principio di sussidiarietà in relazione alle funzioni amministrative, in armonia con il principio della equiordinazione tra i livelli ter-

[12] La prevalenza del sì determinerebbe, inoltre, la riformulazione dell'art. 120 nel senso che il Governo, al fine di esercitare il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province autonome di Trento e Bolzano e dei Comuni, deve acquisire il parere del Senato della Repubblica, che a sua volta dev'essere reso entro quindici giorni dalla richiesta, salvi i casi di motivata urgenza. Dunque, da un lato è posta tale limitazione all'agire del Governo che proviene dalla Camera rappresentativa delle autonomie territoriali, tuttavia dall'altro questa regola si presta ad essere derogata in casi di motivata urgenza, concetto per vero assai elastico ed onnicomprensivo.
Inoltre, un altro mutamento di non poco rilievo investirebbe l'ultima parte dell'art. 120, nella misura in cui dispone che la legge, la stessa legge che definisce le procedure atte a garantire il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione nell'esercizio del potere sostitutivo in parola, deve individuare i casi che determinano l'esclusione dei titolari degli organi governativi regionali e locali dall'esercizio delle rispettive funzioni in dipendenza dell'accertamento dello stato di grave dissesto finanziario dell'ente.

[13] Nelle pronunce n. 300 e 303 del 2003.

[14] In tal senso, G. De Majo, *Rapporto tra il Titolo V della Costituzione e il Patto di Stabilità interno,* in *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo,* a cura di Maurizio Santise, 2014, p. 335 e ss.

[15] Cfr. R. Carleo, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi,* in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* a cura di Mario Nuzzo, Vol. I, 2014.

ritoriali sancito dall'articolo 114 della Costituzione[16].

A differenza delle competenze legislative, la cui attribuzione è tradizionalmente prestabilita in Costituzione dall'art. 117 (sostanzialmente inciso dalla recente riforma costituzionale, qualora essa venisse accolta), per il riparto delle competenze amministrative vige infatti il principio secondo il quale l'allocazione delle risorse coinvolge immediatamente il livello territoriale più vicino ai cittadini, mentre quelli superiori intervengono solo quando sia necessario assicurare l'esercizio unitario delle funzioni. Tale principio prende il nome di sussidiarietà verticale e determina l'individuazione di una dimensione ottimale dell'amministrazione locale[17].

Siffatto criterio, orbene, nasce come canone regolatore delle sole competenze amministrative, ex art. 118. Nell'idea del legislatore del 2001, infatti, le competenze amministrative e legislative dovevano viaggiare a diversa velocità: quella amministrativa poteva essere regolata dal principio di sussidiarietà, oltre a quelli di adeguatezza e differenziazione; quella legislativa, invece, doveva rispondere a esigenza di staticità con un rigido schema di riparto elencato all'art. 117. Fu con la citata sentenza 303 del 2003 che, tuttavia, si immaginò la possibilità di far slittare la sussidiarietà anche all'interno del riparto di competenze legislative, con lo scopo di porre un freno all'evidente deriva decentrista seguente alla riforma del 2001. Si immaginò, quindi, un modo per introdurre strumenti di dinamicità anche per la competenza legislativa.

Del resto, è solo con questa sentenza che possiamo immaginare di applicare la sussidiarietà anche alla competenza legislativa[18].

Ritornando agli effetti della riforma sul riparto delle competenze legislative ed amministrative, deve dirsi che il principio di sussidiarietà (previsto dall'art. 118 Cost., come riformato dalla legge n. 3 del 2001) che fino a pochi anni fa non era stato considerato come principio basilare nel nostro ordinamento, vede incrementato il proprio ruolo di clausola di salvezza a tutela dell'interesse pubblico e dell'unitarietà del sistema, consentendo allo Stato di legiferare andando anche parzialmente in senso contrario all'impianto rigidamente prefigurato dall'art. 117.

A differenza del passato, in cui tutto era rigidamente scandagliato in un ordine predeterminato di competenze, che tuttavia assicurava maggiormente la certezza del diritto[19], l'attuale articolo 118 contempla espressamente il principio di sussidiarietà in relazione alle funzioni amministrative, in armonia con il principio della equiordinazione tra i livelli territoriali sancito dall'articolo 114 della Costituzione[20]. Per inciso, il principio in parola è costituzionalizzato anche dall'art. 120, che disciplina il potere sostitutivo dello Stato.

A differenza delle competenze legislative, la cui attribuzione è tradizionalmente (e tendenzialmente) prestabilita in Costituzione dall'art. 117 (dunque sostanzialmente inciso dalla recente riforma costituzionale, qualora essa venisse accolta), per il riparto delle competenze amministrative vige infatti il principio secondo il quale l'allocazione delle risorse coinvolge immediatamente il livello territoriale più vicino ai cittadini, mentre quelli superiori intervengono solo quando sia necessario assicurare l'esercizio unitario delle funzioni. Tale principio prende il nome di sussidiarietà verticale e determina l'individuazione di una dimensione ottimale dell'amministrazione locale[21].

Come è stato anticipato, le competenze legislative delle Regioni a Statuto ordinario risulteranno fortemente ridimensionate dalla futura e probabile riforma costituzionale[22].

[16] Tale disposizione sancisce che la Repubblica è costituita, e non più ripartita, dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

[17] In tal senso, sempre G. De Majo, *Rapporto tra il Titolo V della Costituzione e il Patto di Stabilità interno*, op. loc. cit.

[18] A questo riguardo, può essere utile riprendere un passo della sent. n. 303/2003 più volte citata: «Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza. Si comprende infatti come tali principî non possano operare quali mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione ... Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale. Ciò impone di annettere ai principî di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà».

[19] Cfr. R. Carleo, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi,* in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* a cura di Mario Nuzzo, Vol. I, 2014. L'Autore evidenzia quale ulteriore effetto del principio di sussidiarietà l'aumento del potere del giudice nel senso di incidere in maniera attiva sul processo di produzione della legge applicabile in concreto; in tal senso, peraltro, depone la giurisprudenza di legittimità nella misura in cui stabilisce che l'individuazione degli interessi giuridicamente rilevanti spetti al legislatore, viceversa incombendo sul giudice il bilanciamento degli interessi coinvolti e l'indicazione di quello in concreto prevalente e meglio rispondente alle esigenze del caso concreto.

[20] Tale disposizione sancisce che la Repubblica è costituita, e non più ripartita, dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

[21] In tal senso G. De Maio, *Rapporto tra il Titolo V della Costituzione e il Patto di Stabilità interno,* op. cit.

[22] A favore dell'assetto che verrebbe a prodursi in seguito alla recente riforma, cfr. B. Caravita, *Le ragioni del SI*, in *Speciale Referendum 2016 sulla riforma costituzionale*. L'A. parte dalla premessa secondo cui «la riforma si pone in totale continuità con la Costituzione del 1947, di cui rispetta i principi ispiratori, l'assetto fondamentale e le linee istituzionali di fondo, non intaccando in

La contrazione della potestà legislativa regionale si ravvisa, in particolare, nell'eliminazione delle competenze legislative concorrenti, nelle quali lo Stato attualmente enuncia i principi fondamentali e le Regioni il relativo contenuto, segnando nel contempo un'insanabile frattura con il sistema introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che in un'ottica di valorizzazione dell'autonomia regionale cercava di armonizzare l'intervento statale e quello regionale.

Il nuovo art. 117 prevedrebbe, infatti, un elenco tassativo di materie da attribuire alla legislazione esclusiva statale, ed un elenco non tassativo di materie da attribuire alla legittimazione a legiferare delle Regioni, enunciando – con una tipica clausola di salvezza – che risulta attribuita alla competenza legislativa regionale anche «ogni materia non espressamente riservata alla competenza esclusiva dello Stato». Alle Regioni risulterebbero dunque attribuite le c.d. materie nominate, innovativamente previste dai fautori della riforma.

È innegabile che il riscontro dell'incidenza della riforma stessa sul mutato assetto delle autonomie regionali debba necessariamente passare attraverso la valutazione dell'impatto di tale clausola aperta sul sistema, clausola che assume una diversa consistenza rispetto al passato, proprio in quanto fa seguito all'individuazione delle c.d. materie nominate.

Alla luce delle coordinate tracciate è dunque indubbia la tendenza accentratrice della riforma, che si avverte immediatamente nel raffronto tra l'art. 117 attuale e quello che risulterebbe dalla modifica costituzionale, in cui appare con evidenza l'ampliamento delle materie attribuite allo Stato e, di conseguenza, sottratte alle Regione; ma tutto ciò emerge ancor più chiaramente dall'analisi del riformando art. 117 co. 4, secondo cui l'unità giuridica o economica del paese o l'interesse nazionale possono giustificare l'intervento della legge dello Stato in materie non riservate alla legislazione esclusiva, su proposta del Governo.

A parte l'evidente assonanza con la sentenza della Corte Cost. n. 303/2003 (e, di conseguenza, dissonanza con la riforma del Titolo V del 2001), tale c.d. "clausola di salvaguardia" o "di supremazia" (detta anche, in dottrina, "clausola vampiro") si traduce in una (forse) eccessiva compressione delle prerogative regionali che, in ipotesi, richiamando appunto il principio di sussidiarietà, dovrebbero quantomeno essere salvaguardate[23].

Se a ciò si aggiunge che, in seguito alla riforma, sarà consentito l'intervento statale anche in alcune materie a competenza regionale, al fine di dettare «disposizioni generali e comuni»[24] cui le Regioni devono attenersi, appare chiaro l'obiettivo del legislatore costituzionale: depotenziare, quanto più è possibile, la potestà legislativa regionale a favore di quella statale. Con il risultato, peraltro, di far entrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta, cioè la competenza concorrente[25].

nessun modo né il sistema costituzionale dei diritti, dei doveri e delle libertà (sistema che peraltro è sempre più ampiamente inciso dalla disciplina e dalla giurisprudenza europee), né le istituzioni di garanzia e i loro poteri: la forma di governo rimane tipicamente parlamentare, i poteri del Capo dello Stato, della Corte costituzionale, del Consiglio superiore della magistratura non sono in alcun modo toccati». A conferma della linea di continuità della riforma con la *ratio* del testo del 1947, si fa il richiamo all'originario riparto di competenze tra Stato e Regioni che, a parere dell'A., è sicuramente molto più vicino a quello dell'attuale riforma che a quello costruito con la riforma del Titolo V del 2001. Sicché, deve essere salutata con favore l'obiettivo, efficacemente perseguito dalla recente riforma, di «razionalizzazione dei poteri legislativi delle Regioni e del conseguente ruolo delle Regioni nell'assetto costituzionale».

[23] Cfr., criticamente, G.C. De Martin, *I chiaroscuri della riforma costituzionale*, contributo destinato agli atti del convegno «*Prospettive di riassetto delle autonomie territoriali alla luce della riforma del Titolo V in itinere*», svoltosi il 23 novembre 2015, presso l'Istituto A.C. Jemolo di Roma: «il riassetto delle competenze prefigurato delle competenze prefigurato nella riforma denota per molti versi un forte ridimensionamento o dequotazione del ruolo delle autonomie regionali ordinarie, ponendo anche un interrogativo di fondo sulla coerenza di questo orientamento col significato del principio autonomistico, che dovrebbe vincolare il legislatore (anche costituzionale) a rafforzare il più possibile le autonomie territoriali, piuttosto che a comprimerne il ruolo. Invece questa parte della riforma, concernente soprattutto il nuovo volto dell'art. 117 Cost., appare il più negativo e problematico del testo in itinere, in quanto non rispettoso dello spirito della Carta e volto a ripristinare un assetto statocentrico ancor più netto di quello anteriore alla riforma del 2001». Si v. anche A. Pace, *Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi - Boschi*, in *Giur. Cost.*, I, 2016, pp. 355 ss.: «In conclusione, da un modello "solidale" di leale collaborazione e di compenetrazione di competenze nel quale le competenze trasversali e la chiamata in garanzia rispondevano all'esigenza di rendere visibile che non era possibile dividere ambiti materiali e interessi di vita che sono inscindibilmente connessi, si è passati, con la riforma Boschi, ad un modello, nel quale lo Stato eserciterebbe, grazie alla clausola di supremazia, "poteri gerarchici nei confronti delle Regioni» disponendo «liberamente della linea della competenza". Si è pertanto sostenuto che lo Stato "regionale" verrebbe degradato ad un livello "prevalentemente amministrativo"».

[24] Cfr. art. 117 nuova formulazione, secondo comma, lettere m), n), o), p), s), u).

[25] In questo senso, la dottrina più critica verso la recente riforma. In particolare, si v. G. C. De Martin, *I chiaroscuri della riforma costituzionale*, cit., secondo cui: «Si tratta in effetti di un volto inedito e di una sorta di nuova potestà concorrente, che – oltre a riproporre incertezze future sulla delimitazione dei confini, con una verosimile permanenza di un nutrito contenzioso costituzionale – può rendere sicuramente la legislazione statale più pervasiva, se soltanto si tiene conto di quanto già emerge in pronunce della corte costituzionale in ordine alla portata e alla latitudine delle «norme generali» attualmente previste in materia di istruzione (v. da ultimo, la sent. n.147/2012). Si v. anche A. Pace, *Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi - Boschi*, in *Giur. Cost.*, I, 2016, p. 355 e ss.. Dello stesso Autore da ultimo citato, cfr. *Le ragioni del NO*, in *Speciale Referendum 2016 sulla riforma costituzionale*, in cui, partendo dalla illegittimità costituzionale della riforma per violazione del «principio della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost. (ritenuto ineliminabile dalle sentenze nn. 18 del 1982, 609 del 1988, 309 del 1999, 390 del 1999, 1 del 2014)» e del «principio di eguaglianza (e di razionalità/ragionevolezza) di cui all'art. 3 Cost. (sentenze nn. 18 del

Questa tendenza accentratrice del legislatore costituzionale risulta tuttavia parzialmente attenuata dalla disposizione normativa contenuta nell'ultimo comma dell'articolo 116, il quale prevedrebbe in seguito alla riforma costituzionale la possibilità di attribuire alle Regioni, anche su richiesta delle stesse, alcune materie attraverso legge bicamerale dello Stato, approvata a maggioranza semplice, con riguardo ad alcune materie espressamente indicate; tale peculiare meccanismo è subordinato, per espressa disposizione legislativa, all'equilibrio nel bilancio degli enti territoriali di cui all'art. 119 Cost.[26].

L'anticipata tendenza autoritaria è destinata, invece, a riemergere nel testo dell'articolo 120 come modificato dal disegno di legge in commento, nella misura in cui prevede l'intervento sostitutivo dello Stato al ricorrere di determinati presupposti nei confronti degli enti territoriali. In tal senso, come anticipato nella nota n. 12, il Governo deve preventivamente acquisire il parere del Senato, nel quale trovano rappresentanza le autonomie locali; nel dettaglio, la nuova disposizione prevede espressamente il *novum* della previsione ad opera della legge di casi di esclusione dei titolari di organi di governo regionali e locali dall'esercizio delle rispettive funzioni quando sia stato accertato lo stato di grave dissesto finanziario dell'ente.

Le affermazioni fin qui perpetrate per le Regioni a Statuto ordinario non possono ribadirsi per quelle a Statuto speciale e per le Province autonome di Trento e di Bolzano. Queste, infatti, sono al di fuori dell'immediata applicazione del riformato Titolo V per effetto dell'art. 39, comma 13, del disegno di legge costituzionale, che le rende destinatarie di una disciplina transitoria. Sono, inoltre, previste intese da concludere con lo Stato che devono regolare la revisione[27] dei rispettivi Statuti.

La sussidiarietà verticale è, però, soltanto un aspetto del principio in esame, sebbene sia senza dubbio il focus problematico alla luce dell'imminente riforma costituzionale.

La dimensione orizzontale del principio in parola si coglie pienamente se si evoca in una prospettiva storica l'idea di aiuto, *subsidium,* fornito agli individui al fine della realizzazione dei propri risultati. Dunque, non ci si stupisce di come il principio di sussidiarietà sia stato accostato al principio di solidarietà: infatti, se da un lato lo stesso comporta l'obbligo di astensione da parte della comunità superiore nel caso in cui gli individui, anche in forma associata, riescano a raggiungere i propri obiettivi in autonomia dal potere governativo, dall'altro implica il dovere dello Stato di intervenire in aiuto di cittadini e comunità locali ove ciò sia necessario.

Insomma, il principio di sussidiarietà, insieme peraltro a quello di proporzionalità, ispira in modo eclatante l'*agere* pubblicistico nelle sue svariate manifestazioni[28].

La sussidiarietà orizzontale, oggetto di previsione nell'articolo 118 co. 4, per il suo pieno operare, postula insomma un autosoddisfacimento dei propri bisogni da parte dei cittadini, che a tal fine possono anche aggregarsi in associazioni o comunità. E ciò sull'astratto postulato che i soggetti in questione, in quanto direttamente ed individualmente interessati dal possibile intervento governativo, possono certamente soddisfare le proprie necessità in modo consapevole e nel migliore dei modi; i privati, dunque, interpretano i propri bisogni e sono deputati a realizzarli.

La fondamentale rilevanza del principio di sussidiarietà orizzontale è peraltro esaltata anche dalla giurisprudenza di merito, che, in linea con la dottrina privatistica ormai dominante[29], ha espressamente più volte evidenziato il duplice operare della sussidiarietà; in proposito è interessante richiamare parte della pronuncia del Tar Puglia - Lecce, sez. II, 12 settembre 2013, n. 1880: «le associazioni di volontariato operano in ambito comunale in forza non solo della normativa che disciplina il terzo settore, (il cd. privato sociale) ma in diretta attuazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale, sancito dall'art. 118 Cost. che evoca senz'altro l'impegno degli enti territoriali a non ostacolare l'attività dei cittadini a sfondo sociale, ma non

1982, 388 del 1991, 62 del 1992 e 15 del 1996)», circa i rapporti tra Stato e Regioni è stato efficacemente sostenuto che «da un modello "solidale" di leale collaborazione e di compenetrazione di competenze nel quale le competenze "trasversali e la chiamata in garanzia rispondevano all'esigenza di rendere visibile che non era possibile dividere ambiti materiali e interessi di vita che sono inscindibilmente connessi", si è passati, con la riforma Boschi, ad un modello nel quale lo Stato eserciterebbe, grazie alla clausola di supremazia, "poteri gerarchici nei confronti delle Regioni" disponendo "liberamente della linea della competenza" (G. Scaccia)». In questo senso, l'A. ha ravvisato nella recente riforma la degradazione dello Stato "regionale" ad un livello «prevalentemente amministrativo».

[26] L'articolo 116 terzo comma, nella formulazione derivante dalla legge n. 3/2001, prevede il cd. regionalismo differenziato, vale a dire la possibilità per alcune Regioni a Statuto ordinario di divenire titolari di ulteriori poteri nelle materie di cui all'art. 117, terzo comma e secondo comma lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s). Tale peculiare meccanismo si innesta su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi *ex* art. 119; esso è poi subordinato all'adozione di una legge bicamerale approvata a maggioranza assoluta sulla base di un'intesa con lo Stato.

[27] Cfr. Pubblicazione a cura della Struttura affari legislativi, studi e documentazione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta, datata maggio 2016, e contenente testi redatti da Anny Fontanazzi e Sandro Schincaglia con la consulenza scientifica del prof. Roberto Louvin, nella parte in cui insiste sulla rilevante differenza terminologica sussistente tra l'adeguamento e la revisione, la quale ultima comporta una più incisiva opera di riscrittura.

[28] In tal senso, G. De Maio, *Proporzionalità e sussidiarietà nella tutela delle posizioni,* in *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo,* a cura di Maurizio Santise, 2014, p. 335 e ss.

[29] In dottrina si veda, *ex multiis*, F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli 2009 p. 160; F. Bocchini - E. Quadri, *Diritto Privato*, ed. V, Torino, 2014, p. 59; A. Torrente P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, ed. XXII, Milano, 2015, p. 178.

anche la tesi di una totale mancanza di controlli da parte degli organi di governo dell'ente locale».

Peraltro, il principio di sussidiarietà orizzontale rileva anche nella sua idoneità a suffragare l'emersione di posizioni giuridiche, dal punto di vista della tutela giurisdizionale dei diritti. Il riferimento è agli interessi collettivi, che sono interessi legittimi entificati in un gruppo non occasionale, i quali si diversificano dagli interessi diffusi, che, invece, non si differenziano in capo ad entità organizzate che agiscono a tutela degli stessi.

La dimensione amministrativa e dunque pubblicistica del principio in parola non è, tuttavia, esclusiva; infatti, è indubbia la rilevanza dello stesso anche nel diritto privato.

In proposito, è opportuno vagliare il rapporto tra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il valore dell'autonomia contrattuale[30]: il primo, come affermato, è costituzionalizzato nell'articolo 118 co. 4, mentre il secondo è disciplinato dall'articolo 1322 del codice civile. Peraltro, interessante è l'utilizzo in seno all'articolo 118 co. 4 Cost. del verbo «favoriscono» in relazione all'atteggiamento di Stato, Regioni, Città metropolitane e Province nei confronti dell'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale; tale verbo delinea il carattere programmatico della norma, che, quindi, è destinata a porsi a base di interventi legislativi che hanno come filo rosso l'impiego dell'autonomia privata per perseguire finalità pubblicistiche.

Il principio di sussidiarietà presenta anche un indiretto fondamento costituzionale negli articoli 2, 41 e 42; può dirsi che nel dibattito originato circa il rapporto che debba intercorrere tra attività di impresa e sussidiarietà orizzontale, preminente appare l'art. 41, co. 3, della Costituzione, laddove dispone che «l'attività di impresa può essere indirizzata e coordinata a fini sociali»[31].

Il principio contenuto nell'articolo 1322 del codice civile è noto come il potere, riconosciuto ai privati, di autoregolamentare i propri interessi attraverso l'accordo tra le parti. Tale potere, lungi dal porsi in modo incondizionato, incontra dei limiti, di matrice interna ed esterna; i primi sono rappresentati dalla meritevolezza degli interessi da realizzare, che deve sussistere in relazione ai contratti atipici e tipici, in omaggio al mutato modo di intendere l'elemento della causa quale sintesi degli interessi reali che il contratto tende a realizzare in concreto. I secondi, invece, concernono il rispetto delle norme imperative, che non sono suscettibili di deroga[32].

Lo studio del rapporto tra i principi contenuti negli articoli 118 co. 4 della Costituzione e 1322 del codice civile non può prescindere dall'individuazione dei rispettivi ambiti applicativi. In tal senso è condivisibile il pensiero di un Autore[33], che ha chiarito la rispettiva latitudine applicativa: mentre l'autonomia contrattuale è deputata a regolare i rapporti tra le parti del contratto in nome dell'articolo 1372 del codice civile, dal principio di sussidiarietà orizzontale deriva un più ampio potere di autoregolamentazione, idoneo a sprigionare effetti anche nei confronti dei terzi portatori degli stessi, pure estranei alla individuazione delle regole.

L'Autore ha in tal senso anche notato il duplice operare del principio di sussidiarietà come criterio di interpretazione delle norme, pubbliche o private, e criterio di produzione delle stesse, negli aspetti pocanzi considerati.

Ai fini dell'oggetto del presente studio e dunque dell'incidenza della riforma costituzionale sul principio di sussidiarietà, non può tralasciarsi di considerare come anticipato che, anche ove la riforma dovesse essere operativa, la dimensione orizzontale del principio resterebbe immune da modifiche di sorta, a differenza

[30] Sul concetto di "sussidiarietà" nel diritto privato, interessante la lettura di P. Perlingieri, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, n. 4/2010, p. 7 e ss., in cui è stato efficacemente sostenuto che il principio di sussidiarietà, quale criterio che «abilita la fonte più adatta nella regolazione di determinate materie e riconosce tale funzione anche all'autonomia negoziale che concorre, con gli atti promananti da poteri autoritativi, a defnire l'assetto delle fonti del diritto», determina l'emersione di un nuovo volto dell'autonomia negoziale, che si pone quale sintesi tra autoregolamentazione ed eteroregolamentazione. In particolare, l'A. ha ivi sostenuto che «l'atto negoziale, dunque, sebbene espressione dell'iniziativa delle parti è sovente interessato da fenomeni di integrazione legale dell'efficacia, di inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.), di sostituzione di clausole nulle (art. 1419 c.c.). La sua validità, peraltro, si misura in base alla conformità ai princípi di ordine pubblico europeo e costituzionale, che si accerta mediante un controllo di meritevolezza improntato ai canoni di proporzionalità e di ragionevolezza (...) L'evoluzione dell'applicazione dei criteri di competenza, sussidiarietà e, ora anche, di cedevolezza dimostra la complessità del sistema normativo nonché l'anacronismo di quanti sostengono il principio del primato della legge in luogo del primato del diritto, ossia dell'insieme dei princípi fondanti l'ordinamento». Nello stesso senso, cfr. anche P. Femia, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri e F. Casucci (a cura di) *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 145, il quale scorge nella sussidiarietà un criterio ordinatore delle fonti, strumento di selezione del potere normativo per far fronte alle peculiarità delle istanze di tutela rilevabili nella contingenza e con riguardo a fattispecie concrete. Ancora in tal senso D. De Felice, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008.

[31] Si veda, sul punto, E. Del Prato, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* a cura di Mario Nuzzo, Vol. I, 2014, il quale, in effetti, rileva come l'impresa possa pacificamente essere orientata a «realizzare finalità di interesse generale» a seguito dell'emersione del c.d. "terzo settore" e dell'impresa sociale di cui al d.lgs. 155/2006.

[32] Cfr. M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto civile,* a cura di Maurizio Santise, 2014, p. 4 e ss.

[33] Cfr. R. Carleo, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi,* contenuto in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* a cura di Mario Nuzzo, Vol. I, 2014.

di quella verticale, fatta eccezione per l'eliminazione delle Province dal quarto comma dell'articolo 118.

Procedendo nell'analisi, si nota che se il rapporto tra privati e PA disegnato dall'art. 118 co. 4 Cost. deve basarsi sul "principio della sussidiarietà", allora il ruolo della seconda è fisiologicamente destinato a svolgersi in seconda battuta, in via, appunto, sussidiaria rispetto ai privati.

Ne discenderebbe, *in extremis*, un ideale impianto istituzionale in cui le funzioni pubbliche (almeno quelle di immediato riflesso) nelle sfere private dovrebbero, per quanto è possibile, essere svolte dall'autonomia dei privati.

Un tale quadro, a ben vedere, era stato recepito nell'ordinamento italiano, in particolare con la disciplina dei servizi pubblici economici, in una delle diverse fasi in cui si è articolata la storia normativa degli stessi. È noto, infatti, che a partire dalla l. 142/1990, l'ordinamento ha tentato di delineare una disciplina generale delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica. Tutte le normative che si sono avvicendate, orbene, hanno progressivamente diffuso l'idea di lasciare al mercato dei privati il soddisfacimento dei bisogni della collettività da soddisfare con i servizi pubblici. Questa visione, del resto, è coincisa con il graduale mutamento del ruolo dello Stato nell'economia, da interventore a regolatore, nonché con l'affermarsi di un nuovo modello di soggettività pubblica, quale quello delle Autorità Amministrative Indipendenti, idoneo a supplire alla costante "crisi della legge" sempre più incapace di seguire la rapidità e il tecnicismo di alcuni settori "sensibili".

L'idea che ha, dunque, lentamente preso luogo nell'avvicendamento delle normative sui servizi pubblici è stata quella della liberalizzazione dei servizi pubblici (almeno di rilevanza economica).

Il concetto di liberalizzazione, orbene, è contiguo all'idea della sussidiarietà orizzontale, tuttavia in misura minore rispetto al principio di semplificazione, come innanzi si vedrà.

La liberalizzazione consiste, appunto, nel lasciare ai privati, all'autonomia negoziale, al mercato, il soddisfacimento dei servizi pubblici locali, così da attuare il disposto programmatico del IV comma dell'art. 118.

Può, dunque, affermarsi che quello della liberalizzazione[34] dei servizi pubblici è sicuramente uno dei precipitati applicativi della sussidiarietà orizzontale. L'aspirazione alla liberalizzazione[35], tuttavia, non è stata mai pienamente recepita nel settore dei servizi pubblici. I tentativi più importanti, infatti, si sono arenati.

In particolare, l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, convertito dalla l. 133/2008 aveva introdotto una disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici in questione che aveva compresso drasticamente la libertà di scelta degli Enti locali sul punto. Era stato previsto, infatti, che il conferimento della gestione dei servizi avvenisse, in via ordinaria, tramite due modalità: a favore di imprenditori o società con il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica, a società a partecipazione mista pubblico-privata ma, in questo caso, al socio privato non avrebbe potuta essere attribuita una partecipazione inferiore al 40 per cento.

Era, invero, ben evidente che la disciplina fosse tracciata nel solco della sussidiarietà orizzontale. Solo in presenza di "situazioni eccezionali", infatti, era ammesso l'affidamento a società *in house* e, quindi, si derogava al principio per cui, finché è possibile, la gestione spetta al mercato.

Siffatta disciplina oltre a essere in linea con la sussidiarietà orizzontale, tra l'altro, era applicazione dettagliata dei principi già espressi all'art. 106 par. II del TFUE[36], il quale, da un lato ricollega l'affidamento dei servizi alla necessità di favorire il mercato concorrenziale, dall'altro enuncia chiaramente il limite della devoluzione al mercato dei servizi pubblici che consiste nell' "impossibilità di adempiere la specifica missione affidata".

L'art. 23-*bis*, tuttavia, fu abrogato con d.P.R. 113/2011 in seguito a un referendum. Successivamente il legislatore approvò l'art. 4 del d.l. 138/2011 che ha rappresentato il massimo tentativo di liberalizzazione piena dei servizi pubblici. Siffatta norma, infatti, si poneva in maniera totalmente eversiva rispetto al passato e configurava un sistema nel quale i servizi pubblici di rilevanza economica, con eccezione di taluni settori speciali (tra cui rientrava il servizio idrico integrato che era stato alla base del referendum abrogativo), venivano lasciati esclusivamente alla soddisfazione tramite libero mercato, attuandosi così la c.d. "concorrenza nel mercato". Solo in via del tutto eccezionale, qualora la liberalizzazione non fosse riuscita a soddisfare i bisogni della collettività, allora, si ammetteva la deroga alla concorrenza con l'attribuzione di diritti di esclusiva. Ma anche in tale ipotesi, si prevedeva un meccanismo progressivo di sottrazione ai privati dei servizi pubblici, quasi a rimarcare ulteriormente l'aval-

[34] In questo caso i risultati della liberalizzazione non possono che coincidere con la sussidiarietà orizzontale, poiché è orientata alla realizzazione di interessi pubblicistici. In altri casi, infatti, la liberalizzazione rappresenta solo un'istanza di liberazione dei privati dalle lungaggini amministrative, le quali vengono o posticipate o del tutto soppresse, ma per la realizzazione di interessi prettamente privatistici. Si pensi, al passaggio che si è avuto da un periodo in cui alcune attività private erano regolate da espressi provvedimenti amministrativi all'attuale meccanismo della s.c.i.a.

[35] Da non confondere con la "privatizzazione" degli enti pubblici economici, per quanto i due fenomeni possano, in un'ottica globale, essere contigui.

[36] Testualmente «2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

lo della sussidiarietà orizzontale: si richiedeva, infatti, l'esperimento di una previa procedura competitiva a evidenza pubblica, realizzando così la "concorrenza per il mercato", in favore sia di imprese del tutto private sia a capitale misto. Solo in *extrema ratio* il servizio poteva essere del tutto internalizzato[37].

Orbene, anche siffatta normativa è stata soppressa dalla Corte costituzionale con la sentenza 199/2012.

La travagliata storia della liberalizzazione dei servizi pubblici locali può mostrare la scarsa sensibilità avuta dall'opinione pubblica, negli anni passati, per un'attuazione dell'art. 118, comma IV.

Vi è, d'altronde, da ricordare che la norma non è stata intaccata dalla riforma. Riforma che, invece, ha nettamente inciso sull'impiego della sussidiarietà orizzontale nella potestà legislativa, tramite la "clausola vampiro" o "di supremazia". A fronte di tale diversità di trattamento, è possibile immaginare che, laddove dovesse essere approvato il quesito referendario, i rapporti tra le diverse forze della Repubblica potranno mutare rispetto al quadro vigente e che, a fronte di un netto depotenziamento delle Regioni, potrà auspicarsi e notarsi un netto incremento dell'attuazione della sussidiarietà orizzontale tramite l'affidamento all'autonomia privata di vasti settori pubblici.

[37] Si riportano il testo dell'art. 4:

1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità

2. All'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. Con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

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)*

Contratto di avvalimento – Indicazione dettagliata delle risorse e dei mezzi prestati – Contratto illegittimo in caso di mera riproduzione tautologica del disciplinare

In tema di contratto di avvalimento l'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha recepito la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 nella parte in cui (art. 1, comma 1, lett. zz) ha specificamente disposto la revisione della disciplina in materia di avvalimento, imponendo che il relativo contratto indicasse nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara; il Codice di contratti dispone infatti che l'operatore economico deve dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; è quindi illegittimo il contratto di avvalimento che si limiti a prevedere, richiamando quanto richiesto dal disciplinare di gara, che l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire alle Imprese ausiliate tutti i requisiti di carattere tecnico ma anche economico, finanziario ed organizzativo previsti dal bando di gara, risolvendosi l'impegno contrattuale in una mera riproduzione tautologica del testo del disciplinare di gara, difettando così della puntuale indicazione dei mezzi che la ditta ausiliaria dovrebbe fornire alle ausiliate per rendere effettivo il possesso del requisito di gara.

T.a.r. Liguria, sez. II, 2 dicembre 2016, n. 1201, Pres. R. Pupilella, Est. L. Morbelli

Contratto di avvalimento generico – Impossibile ricorrere al soccorso istruttorio

A fronte di un contratto di avvalimento generico non è possibile fare ricorso al c.d. "soccorso istruttorio", atteso che ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il soccorso istruttorio non è esperibile per sopperire alle irregolarità che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione.

T.a.r. Liguria, sez. II, 2 dicembre 2016, n. 1201, Pres. R. Pupilella, Est. L. Morbelli

È legittima la revoca di un'aggiudicazione se sopravvengono ragioni di interesse pubblico - Verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali

Nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso, prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile. Anche con l'entrata in vigore del nuovo Codice di contratti pubblici la revoca di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi; il paradigma legale di riferimento resta l'art. 21-quinquies, l. 7 agosto 1990 n. 241, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni). Allorché la revoca dell'aggiudicazione sia disposta con riferimento alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, il ripensamento dell'Amministrazione, per legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, deve fondarsi sulla sicura verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella lex specialis *a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura.*

Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026, Pres. L. Balucani, Est. C. Deodato

È illegittima l'esclusione dalla gara di un concorrente per asseriti gravi illeciti professionali in caso di risoluzione contrattuale giurisdizionalmente contestata con giudizio civile pendente

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è illegittima l'esclusione dalla gara di un concorrente disposta per asseriti gravi illeciti professionali nel caso in cui la risoluzione contrattuale che è alla base del provvedimento sia giurisdizionalmente contestata con giudizio civile pendente, non sussistendo il presupposto delle "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, purché non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio", previsto dalla citata lett. c del comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti, che legittima l'esclusione dalla gara.

T.a.r. Lecce, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 1935, Pres. L. Costantini, Est. E. d'A.

Il principio della suddivisione in lotti può essere derogato con una decisione adeguatamente motivata

Il principio della "suddivisione in lotti", previsto dall'art. 51, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al fine di favorire l'accesso alle gare pubbliche delle micro, piccole e medie imprese, non è posto in termini assoluti, ma può essere derogato, seppure con una decisione adeguatamente motivata; lo stesso art. 51, al comma 1, secondo periodo, afferma, infatti, che "le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione unica di cui agli artt. 99 e 139".

T.a.r. Toscana, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 1755, Pres. R. Trizzino, Est. R. Giani

Imprese collegate – Gara ad oggetto plurimo – Offerte riferite a lotti diversi – Procedure autonome

Il comma 5, lett. m dell'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (secondo cui è escluso dalla gara l'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale), non si applica nelle ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi; ciò in quanto un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura si conclude con un'aggiudicazione.

T.a.r. Lazio, sez. II, 13 dicembre 2016, n. 12405, Pres. A. S. Amodio, Est. S. Martino

La distinzione e la configurazione di raggruppamenti di tipo orizzontale e verticale

La distinzione tra - e la stessa configurazione di - raggruppamenti di tipo orizzontale e verticale, ex *art. 48, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con riferimento allo specifico procedimento di gara, presuppone che la* lex specialis *abbia indicato la prestazione principale e quella/e secondaria/e; pertanto, ove, invece, la* lex specialis *di gara non rechi la suddetta distinzione, indicando quale oggetto dell'affidamento un servizio unitario, pur articolato in diversi segmenti attuativi, la qualificazione – come orizzontale – di un raggruppamento concorrente discende ed è coerente con la disciplina di gara, in assenza dei presupposti (correlati alla menzionata necessaria distinzione ad opera del bando delle prestazioni oggetto di affidamento) per la configurazione di un raggruppamento di tipo verticale.*

T.a.r. Salerno, sez. I, 9 dicembre 2016, n. 2631, Pres. G. Sabbato, Est. E. Fedullo

La richiesta di misure cautelari necessita di motivazione rafforzata circa la ragione della domanda proposta

Nel rito appalti ex *art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici la richiesta di misure cautelari (tutela cautelare* ante causam *e, soprattutto, quella monocratica d'urgenza) deve essere motivata in senso rafforzato, dovendo la parte appositamente giustificare non solo i contenuti della richiesta (sotto un profilo delle esigenze cautelari così come previste dal Codice del processo), ma la ragione stessa della domanda proposta, la quale, di fatto, costituisce una deroga al sistema processuale superaccelerato del comma 6 bis dell'art. 120 (introdotto dal citato art. 204) e rimette al giudice il potere di dettare i tempi della prima fase del giudizio, che sembravano essergli stati sottratti dalla nuova disciplina.*

T.a.r. Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, Pres. A. Pappalardo, Est. M. B. Cavallo

La tutela cautelare *ante causam* deve essere garantita anche nei casi di astratta ammissibilità del rito superaccelerato

Nel rito appalti ex *art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici la possibilità di richiedere la tutela cautelare* ante causam *e, soprattutto, quella monocratica d'urgenza non può essere esclusa, e, anzi, deve essere garantita, anche nei casi di astratta ammissibilità del rito superaccelerato, in ragione del diritto di difesa delle parti, che può ritenersi soddisfatto, anche in chiave comunitaria; non è invece configurabile la tutela cautelare ordinaria posto che in caso di semplice pregiudizio grave e irreparabile la parte non può pretendere che il giudice amministrativo, fissando la camera di consiglio ordinaria, possa legittimamente derogare al procedimento superaccelerato introdotto dal nuovo Codice dei contratti.*

T.a.r. Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, Pres. A. Pappalardo, Est. M. B. Cavallo

Obbligo della stazione appaltante di chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta – Esito vincolato

In tema di giudizio di anomalia dell'offerta il rinvio operato dall'art. 97, comma 5, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al precedente art. 30, comma 3, implica che, nell'esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono tenuti a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta; ne consegue il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso, in ciò sostanziandosi il novum *rispetto alla pregressa disciplina.*

T.a.r. Reggio Calabria, 15 dicembre 2016, n. 1315, Pres. R. Politi, Est. F. M. Tropiano

Principio di rotazione – È legittimo il mancato invito ad una gara del gestore uscente per l'affidamento di un appalto di servizi sotto soglia

Ai sensi dell'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in applicazione del principio di rotazione è legittimo il mancato invito, ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi sotto soglia, del gestore uscente. La Stazione appaltante non ha alcun obbligo di invitare, ad una gara informale, il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione.

T.a.r. Lecce, sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906 - Pres. E. Di Santo, Est. C. Lattanzi

Rito superaccelerato – È inapplicabile nel caso in cui la Stazione appaltante non ha pubblicato il provvedimento con il quale procede alle ammissioni o alle esclusioni

Il rito superaccelerato previsto dall'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici, non trova applicazione nel caso in cui la Stazione appaltante non ha pubblicato nella apposita sezione "Amministrazione trasparente" del proprio profilo, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento con il quale procede alle ammissioni o alle esclusioni.

T.a.r. Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, Pres. A. Pappalardo, Est. M. B. Cavallo

Somiglianze e differenze tra il rito elettorale *ex* art. 129 c.p.a. e il rito appalti *ex* art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici

Le somiglianze tra il rito elettorale ex *art. 129 c.p.a. e il rito appalti* ex *art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici si concentrano, e parimenti si esauriscono, nella struttura bifasica del contenzioso, differenziandosene sotto altri aspetti, in quanto mentre nel procedimento elettorale la scansione legislativa è puntuale e coordinata con la disciplina processuale, questo non avviene nel procedimento di aggiudicazione; inoltre nel procedimento* ex *art. 129 c.p.a. non sono ammissibili ricorsi contro ammissioni di candidati concorrenti, salvo il caso di confondibilità dei contrassegni*

T.a.r. Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, Pres. A. Pappalardo, Est. M. B. Cavallo

Subappalto - Mancata indicazione di una terna di subappaltatori – Irregolarità essenziale sanabile – Soccorso istruttorio oneroso

Ai sensi dell'art. 105, comma 6, del nuovo Codice dei contratti pubblici, non deve essere esclusa dalla gara l'impresa che ha indicato nell'offerta di volersi avvalere del subappalto ma che, in violazione della disciplina introdotta dal Codice, non ha indicato una terna di subappaltatori, trattandosi di irregolarità essenziale ma sanabile con il c.d. soccorso istruttorio oneroso ex *art. 83, comma 9, dello stesso Codice.*

T.a.r. Brescia, sez. II, 29 dicembre 2016, n. 1790, Pres. A. Farina, Est. S. Tenca

Tutela cautelare - Introdotti due sottosistemi processuali avverso le diverse fasi della procedura di evidenza pubblica

Il rito appalti ex *art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici ha apportato modifiche con riferimento alla tutela cautelare disciplinata dagli artt. 119 e 120 c.p.a., perché sono stati di fatto introdotti due sottosistemi processuali avverso le diverse fasi della procedura di evidenza pubblica, aventi un chiaro impatto sull'utilità della tutela cautelare; il primo, relativo ai casi di impugnazione dell'aggiudicazione, non è frutto di una modifica dell'art. 120 c.p.a. ma è desumibile dal confronto con l'art. 32 dello stesso Codice dei contratti, relativo alle fasi di affidamento, in forza del quale si crea un effetto sospensivo automatico per effetto della definitività dell'aggiudicazione che impedisce la stipulazione del contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (art. 32, comma 9); il secondo, scaturente dall'introduzione di un rito c.d. superaccelerato ad opera dell'art. 204, comma 1, lett. b) e d), del Codice, in materia di impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni.*

T.a.r. Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852, Pres. A. Pappalardo, Est. M. B. Cavallo

Diritto tributario

Trasferimento d'azienda ed elusione fiscale prima e dopo la codificazione dell'abuso del diritto 1376
di Giuditta Merone

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE 1382
a cura di Maria Pia Nastri

Giuditta Merone
Avvocato e Professore a contratto presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Trasferimento d'azienda ed elusione fiscale prima e dopo la codificazione dell'abuso del diritto

abstract

The recent introduction into the Italian legislative system of the general prohibition of the abuse of rights should end the uncertainty related to some types of transfer of a business, categorized as abuse of rights by the Italian fiscal authorities. By the introduction of the new article 10-bis into the Law on the rights of taxpayers (Law No 212/2000 of 27 July 2000) the legislator has provided several rules which have to be respected by the State Tax Authority to contest the abuse of rights. The need of certain rules is particularly felt, because in the last few years the fiscal authorities and the Court of cassation has considered most of the transfer of a business (known as "indirect transfer of a business" and "stew transfer of a business") as abusive.

keywords

Abuse of rights – Transfer of a business – Stamp duty – VAT.

abstract

La recente codificazione del divieto di abuso del diritto dovrebbe porre fine alle incertezze legate alla riqualificazione di talune forme di riorganizzazione aziendale ritenute abusive dall'Amministrazione Finanziaria. Infatti, con l'introduzione dell'art. 10-bis nello Statuto dei diritti del contribuente, il legislatore ha fissato una serie di paletti cui l'Amministrazione Finanziaria deve sottostare per poter validamente contestare fattispecie abusive.

L'esigenza di certezza è particolarmente sentita per talune forme di cessione d'azienda ("spezzatino" ed "indiretta"), che per anni sono state nel mirino dell'Agenzia delle Entrate a causa della loro pretesa elusività, ed in relazione alle quali la giurisprudenza è stata particolarmente altalenante.

parole chiave

Abuso del diritto – Cessione d'azienda – Imposta di registro – IVA.

sommario

Premessa. – **1.** La cessione "spezzatino". – **2.** La cessione "indiretta". – **3.** La giurisprudenza di merito e di legittimità sulle cessioni "indiretta" e "spezzatino". – **4.** La funzione dell'art. 20 del d.P.R. n. 131/86 nelle operazioni di riorganizzazione aziendale. – **5.** La codificazione dell'abuso del diritto.

Premessa

Tra le operazioni di riorganizzazione aziendale cui spesso ricorre l'imprenditore, quelle che hanno dato adito ai principali dibattiti giurisprudenziali e dottrinali sono la cessione d'azienda effettuata con la tecnica dello "spezzatino" e il conferimento d'azienda, seguito dalla cessione delle partecipazioni (cd "cessione indiretta").

Entrambe le operazioni, infatti, richiamano l'attenzione dell'Amministrazione Finanziaria per la loro pretesa finalità elusiva, in relazione alle imposte IVA e registro, in quanto in entrambe le fattispecie si pone il problema della corretta applicazione dell'imposta di registro.

1. La cessione "spezzatino"

La "cessione spezzatino" è un'espressione utilizzata dalla Cassazione[1] per indicare la cessione d'azienda realizzata non con un singolo atto di trasferimento, bensì attraverso più negozi di cessione dei singoli beni che compongono l'azienda.

L'operazione può nascondere l'intento di eludere l'imposta di registro proporzionale. Infatti, come noto, la cessione d'azienda (unitamente al conferimento seguito dalla cessione delle partecipazioni) è fuori campo IVA[2] ed è soggetta, in virtù del principio di alternatività IVA/registro[3] sancito dall'articolo 40 del d.P.R. n. 131/1986, ad imposta di registro proporzionale. Invece, la cessione dei singoli beni è soggetta ad IVA (recuperabile dal cessionario), e sconta la più vantaggiosa imposta di registro fissa.

Pertanto, in virtù delle disposizioni summenzionate, risulta evidente che la cessione d'azienda (o di un suo ramo) comporta un carico fiscale maggiore per l'imprenditore rispetto alla cessione dei singoli beni

[1] Cass. 11 giugno 2007, n. 13580, in banca dati on line DeJure.

[2] Ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. b del d.P.R. n. 633/72, «Non sono considerate cessioni di beni: (….) b) le cessioni e i conferimenti in società o altri enti, compresi i consorzi e le associazioni o altre organizzazioni, che hanno per oggetto aziende o rami di azienda».

[3] Nastri, *Il principio di alternatività tra imposta sul valore aggiunto e imposta di registro*, Torino, 2012.

che la compongono, in quanto l'IVA è imposta neutra, mentre l'imposta di registro rappresenta un onere aggiuntivo, calcolato tenendo conto anche della componente avviamento, altrimenti non incidente.

2. La cessione "indiretta"

Con l'espressione "cessione indiretta", invece, ci si riferisce a quelle operazioni consistenti in un conferimento d'azienda (normalmente in una *newco*), seguito dalla cessione delle partecipazioni ricevute, nella conferitaria.

Tale operazione, che viene normalmente utilizzata per realizzare finalità organizzative, tanto che il legislatore la considera fiscalmente neutra per quel che riguarda le imposte dirette, può tuttavia celare una cessione (indiretta) d'azienda, realizzata al fine di evitare l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro, prevista per la cessione diretta. Infatti, il conferimento d'azienda e la successiva cessione di quote, scontano la più vantaggiosa imposta fissa di registro.

3. La giurisprudenza di merito e di legittimità sulle cessioni "indiretta" e "spezzatino"

Le caratteristiche su delineate evidenziano che sia la cessione "spezzatino", che quella "indiretta" possono certamente celare finalità elusive, in quanto poste in essere al solo scopo di conseguire un illecito vantaggio fiscale (imposta di registro fissa in luogo di quella proporzionale). Tuttavia, tale ipotesi non dovrebbe escludere a priori, come spesso invece ritiene l'Amministrazione Finanziaria, che esse vengano poste in essere con finalità lecite.

Ed infatti, la giurisprudenza di merito ha spesso escluso l'abuso, nei casi in cui il contribuente ha dimostrato che il ricorso ad un particolare schema negoziale è stato necessario per realizzare finalità lecite, collegate a scelte razionali di impresa. Ad esempio, in una recente pronuncia della CTR di Bologna, i giudici hanno escluso l'abuso, sul presupposto che «la complessa operazione negoziale è stata certamente concepita anche per conseguire un significativo risparmio d'imposta, ma la 1ibertà d'iniziativa economica non è sindacabile con le categorie dell'abuso del diritto, e del divieto di condotte elusive, nelle situazioni esenti da vizi di razionalità delle scelte d'impresa, e da patologie di natura fraudolenta»[4].

Le Commissioni Tributarie si mostrano anche sensibili alla necessità imprenditoriale di utilizzare la cessione indiretta per migliorare la struttura aziendale, escludendo il collegamento negoziale tra il conferimento e la successiva cessione di quote, e tassando i due atti autonomamente[5].

A differenza della giurisprudenza di merito, quella di legittimità è apparsa meno propensa ad ascoltare le motivazioni dei contribuenti, avallando molto spesso la posizione dell'Amministrazione Finanziaria, che per un lungo periodo ha proceduto a riqualificare sistematicamente operazioni economiche a suo dire elusive, anche nei casi in cui il preteso collegamento negoziale appariva fortemente opinabile[6].

Tra i vari interventi della suprema Corte, si ricorda la sentenza n. 1405 del 2013, la quale, confermando un consolidato orientamento[7], ha precisato che:

- in presenza di una cessione di beni atti, nel loro complesso e nel loro collegamento, all'esercizio d'impresa, si deve ravvisare una cessione d'azienda soggetta ad imposta di registro, mentre solo la cessione di singoli beni, inidonei di per sé ad integrare la potenzialità produttiva propria dell'impresa, deve essere assoggettata ad IVA;
- vi è cessione di azienda anche nel caso in cui i beni ceduti nella loro complessità siano potenzialmente utilizzabili per attività d'impresa, senza che abbia rilievo il requisito dell'attualità.

In sostanza, l'individuazione di un vincolo funzionale tra i singoli beni configura l'oggetto della cessione, non nella somma dei beni, bensì nel complesso organico unitariamente considerato, dotato di una potenzialità produttiva atta a farne emergere, ex ante, la complessiva attitudine anche solo potenziale all'esercizio d'impresa[8].

[4] C.T.R. Bologna, 4 aprile 2016, n. 879, in banca dati on line DeJure.

[5] C.T.P. Milano, n. 388 del 10 novembre 2010, in banca dati on line DeJure, in cui i giudici milanesi contestano duramente l'operato dell'AE, affermando che la stessa «non è legittimata a sindacare, sotto il profilo dell'elusione fiscale, la libertà d'iniziativa economica e negoziale accordata all'imprenditore salvo che non emergano circostanze univoche tali da lasciar presumere che la condotta del contribuente sia stata principalmente caratterizzata da un indebito risparmio d'imposta. L'art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986 non legittima l'amministrazione finanziaria a ricondurre ad unità fattispecie negoziali distinte ed autonome che non mostrino elementi di collegamento contrattuale». Sulla stessa linea, e riprendendo il precedente, la medesima C.T.P. di Milano con sentenza n. 168 del 29 maggio 2012, in banca dati on line DeJure, afferma che «L'imposta di registro ha ad oggetto gli effetti giuridici dell'atto presentato per la registrazione, e non i suoi effetti economici. È assolutamente illegittimo l'operato dell'ufficio che, in mancanza di una specifica norma di legge, pretenda di interpretare unitariamente, attraverso la configurazione di un'unica presunta causa negoziale, quelli che sono in realtà distinti atti giuridici, assoggettati nel sistema dell'imposta di registro, che è "un'imposta di atto" a distinta ed autonoma imposizione. Ogni atto è autonomo, e come tale, va trattato».

[6] Cass. n. 17965/2013, in banca dati on line DeJure, ove la suprema Corte ha avallato la riqualificazione operata dall'amministrazione finanziaria di diverse cessioni di beni avvenute con negozi giuridici che si sono succeduti nell'arco temporale di ben tre anni.

[7] Sentenze nn. 9163 del 16 aprile 2010, 24913 del 10 ottobre 2008, 24552 del 26 novembre 2007 e 10660 del 7 luglio 2003, emesse in relazione alla cessione dell'azienda effettuata mediante successivi atti di cessione dei singoli cespiti.

[8] Nella sentenza 18764/2014 la Corte ha precisato che «In caso di imposizione alternativa, il contribuente ha l'obbligo di corrispondere il tributo previsto dalla legge e non quello da lui scelto in base a sue considerazioni soggettive. Ne consegue che non sono

Anche con riferimento alla cessione indiretta l'elemento ritenuto presuntivo e assorbente è dato sempre dal collegamento negoziale[9].

4. La funzione dell'art. 20 del d.P.R. n. 131/86 nelle operazioni di riorganizzazione aziendale

Per procedere alla riqualificazione delle operazioni, in assenza di una norma generale antiabuso, l'Agenzia delle Entrate ha utilizzato l'art. 20 del d.P.R. n. 131/86, norma che imporrebbe l'analisi del singolo atto e che invece viene utilizzata per interpretare unitariamente più atti portati separatamente alla registrazione.

Di qui l'acceso dibattito dottrinale sulla funzione dell'art. 20 e sulla corretta delimitazione degli "effetti" (economici o giuridici) dalla cui valutazione discende il potere di riqualificazione ai fini del registro[10].

Sul punto sembra opportuno leggere con attenzione l'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986 (TUR), il quale stabilisce che «l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici, degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente».

In virtù di tale disposizione, il regime fiscale applicabile ai fini del tributo di registro al singolo atto va ricercato avendo riguardo al contenuto delle clausole negoziali e agli effetti giuridici prodotti dall'atto, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito dalle parti all'atto medesimo. Si tratta dunque di una norma che secondo la dottrina maggioritaria[11] ha una funzione meramente interpretativa.

Ciò comporta che l'Amministrazione Finanziaria dovrebbe limitarsi ad interpretare il singolo atto portato alla registrazione, indagando sulla reale volontà delle parti in relazione a quel singolo atto, e non ad altri. Infatti, l'imposta di registro nasce e vive come un'imposta d'atto, il che dovrebbe limitare i poteri di riqualificazione dell'Amministrazione[12], la quale invece si avvale da tempo di tale norma per procedere alla riqualificazione degli atti sottoposti a registrazione, ritenendo che essa costituisca il fondamento non di un mero potere di interpretazione degli atti, ma di quello più ingerente che porta a riqualificarli in ragione del "risultato complessivo economico" perseguito dalle parti.

La Corte di Cassazione, da diversi anni avalla l'operato dell'Agenzia delle Entrate affermando in maniera sostanzialmente unanime che «In tema di interpretazione degli atti ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, il criterio fissato dall'art. 20 d.P.R. n. 131 del 1986 impone di privilegiare l'intrinseca natura e gli effetti giuridici, rispetto al titolo e alla forma apparente degli stessi, con la conseguenza che i concetti privatistici relativi all'autonomia negoziale regrediscono, di fronte alle esigenze antielusive poste dalla norma, a semplici elementi della fattispecie tributaria, per ricostruire la quale dovrà, dunque, darsi preminenza alla causa reale e complessiva dell'operazione economica, rispetto alle forme dei singoli negozi giuridici. Invero, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali mediante l'uso distorto di strumenti giuridici, pur se non contrastante direttamente con alcuna specifica norma»[13].

Pertanto, per diversi anni, l'Agenzia delle Entrate, sostenuta dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha proceduto a riqualificare le operazioni ritenute elusive ("cessione spezzatino" e "cessione indiretta") in cessioni d'azienda, emettendo avvisi di liquidazione dell'imposta di registro, unitamente ad avvisi di accertamento di recupero dell'indebita detrazione dell'IVA in capo al cessionario.

L'operato dell'Agenzia delle Entrate non è esente da critiche, in quanto, in mancanza di una disciplina unitaria sull'abuso del diritto, è accaduto che la stessa riqualificasse anche operazioni non elusive.

La dottrina invece è da tempo ferma nel criticare l'utilizzo dell'art. 20 con funzione antielusiva, in quanto il senso letterale, l'epoca in cui è stata introdotta la norma e la sua collocazione attestano che la stessa non può essere stata pensata con funzione antielusiva[14].

violati i principi di alternatività dell'imposta e del divieto di doppia imposizione, ai sensi dell'art. 40 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 e dell'art. 67 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, allorché l'amministrazione finanziaria escluda la detraibilità dell'IVA erroneamente pagata, indicando l'imposta di registro quale unico tributo dovuto, a prescindere da ogni questione relativa all'eventuale rimborso».

[9] Per una interessante disamina della giurisprudenza sul collegamento negoziale si veda: Nastri, *Conferimento d'azienda e cessione di partecipazioni: configurabilità di un trasferimento d'azienda alla luce dell'orientamento della Cassazione e della Corte di Giustizia*, in rivista di diritto tributario internazionale, sapienza università editrice, n. 3/13, p. 105.

[10] Cfr. da ultimo, Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2, 2016, p. 465.

[11] Petrelli, *Imposta di registro - Elusione fiscale, interpretazione e riqualificazione degli atti*, in *Studio*, n. 95/2003/T del Consiglio Nazionale del Notariato, «deve quindi decisamente negarsi che – di fronte ad una pluralità di atti, tra loro collegati in vista del conseguimento di un effetto complessivo, ulteriore rispetto agli effetti giuridici dei singoli atti (c.d. contratti a gradini o *step transaction*) – l'Ufficio possa far valere il collegamento ai fini dell'imposizione di registro, e quindi - interpretando l'atto sottoposto a registrazione unitamente ad altri ad esso collegati - tener conto di un presunto effetto giuridico unitario».

[12] Ferroni, *Abuso del diritto e imposta di registro: il nuovo corso della cessione indiretta di azienda*, in *Il Fsco*, 13, 2016, p. 1027

[13] Cfr., *ex multis*, Cass. 4 febbraio 2015, n. 1955, in banca dati on line DeJure.

[14] Beghin, *L'imposta di registro e l'interpretazione degli atti incentrata sulla sostanza economica nell'"abracadabra" dell'abuso del diritto,* in *GT-Riv. Giur. Trib.*, 2010, p. 158 e ss. L'A. sottolinea come l'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986 attribuisce rilevanza non tanto al *nomen iuris* che le parti possono aver attribuito all'atto, quanto alla intrinseca natura e agli effetti giuridici che dall'atto stesso promanano, quale che sia la sostanza economica delle operazioni perfezionate. L'aggettivo "intrinseca" richiama

Secondo unitaria dottrina, dunque, di fronte ad una pluralità di atti, tra loro collegati in vista del conseguimento di un effetto complessivo, ulteriore rispetto agli effetti giuridici dei singoli atti l'Ufficio non può far valere il collegamento ai fini dell'imposizione di registro, e quindi non può tener conto di un presunto effetto giuridico unitario[15].

Di fronte ad una posizione sostanzialmente unanime della dottrina, la giurisprudenza della Cassazione ha avallato l'utilizzo dell'art. 20 con funzione antielusiva da parte dell'Amministrazione Finanziaria, considerando legittima l'operazione di riqualificazione del conferimento d'azienda in cessione d'azienda ogni qual volta il contribuente non sia in grado di opporre valide ragioni extrafiscali, non marginali, a sostegno della propria scelta[16].

È interessante notare come la giurisprudenza di merito appaia maggiormente in linea con la posizione della dottrina, adottando decisioni in aperto contrasto con quella parte della giurisprudenza di legittimità che sostiene la funzione antielusiva dell'art. 20.

Tra le sentenze più interessanti, si segnala la C.T.P. di Treviso[17], che ha duramente contestato l'utilizzo dell'art. 20 da parte dell'Amministrazione finanziaria, in quanto tale norma le preclude «di interpretare l'atto sottoposto a tassazione avvalendosi di elementi estrinseci ma impone di attenersi esclusivamente agli elementi dallo stesso desumibili, con la conseguenza che non è possibile ricostruire in modo organico e complessivo le operazioni poste in essere dal contribuente al fine di valutarle sotto il profilo elusivo o dell'abuso del diritto trasponendo nel sistema dell'imposta di registro l'elaborazione giurisprudenziale di principio compiuta ai fini dell'Iva e delle imposte dirette circa il sindacato dell'atto in relazione al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali, senza contare che detta trasposizione è comunque inibita nel caso di specie in quanto l'operazione compiuta rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 176 comma 3 t.u.i.r., e, quindi, non essendo elusiva ai fini delle imposte dirette non può esserlo neanche ai fini dell'imposta di registro; in ogni caso, non è dimostrato che cedere le quote di una società che comprende un determinato immobile o vendere direttamente l'immobile stesso sia esattamente la stessa cosa e produca, anche rispetto ai terzi, esattamente gli stessi effetti giuridici, né esiste una espressa previsione normativa che consenta all'ufficio impositore di disconoscere atti o negozi giuridici posti in essere dalle parti nell'ambito della propria autonomia negoziale, difettando una clausola antielusiva generale nel sistema della imposta di registro».

Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria ha continuato ad utilizzare l'art. 20 con funzione antielusiva, riqualificando nella singola cessione (indiretta o spezzatino) d'azienda, più negozi giuridici portati alla registrazione. In mancanza di una normativa che disciplinasse i presupposti e le modalità con cui procedere alla suddetta riqualificazione, l'Agenzia ha proceduto alla regolare riqualificazione di conferimenti seguiti dalla cessione delle partecipazioni anche in ipotesi di cessione avvenuta a distanza di anni e/o addirittura a soggetti diversi[18].

5. La codificazione dell'abuso del diritto

La situazione dovrebbe essere destinata a cambiare, in quanto il legislatore italiano è finalmente intervenuto a disciplinare l'abuso del diritto, inserendo un nuovo articolo, il 10-*bis*, nello statuto dei diritti del contribuente (l. 212/2000), che dovrebbe porre fine alle incertezze del passato.

Come noto, la nuova normativa disciplina per la prima volta in maniera compiuta l'abuso del diritto nel nostro ordinamento[19].

l'idea della "sostanza", di ciò che sta dentro, indipendentemente dall'intestazione che si è voluta riservare all'atto. L'intrinseca natura riguarda perciò il contenuto e non il contenitore. Osserva Corasaniti, cit. «La "storia" della disposizione sarebbe di per sé risolutiva, se si guarda al fatto che il legislatore, già nel passaggio dal Regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3269 al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634 (art. 19), aveva chiarito e poi confermato – con l'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986 – che gli effetti rilevanti ai fini della qualificazione sono quelli giuridici, così da fugare ogni dubbio circa la rilevanza degli effetti "economici" derivanti dalla combinazione degli atti di volta in volta considerati. (….). L'art. 20 è, infatti, contenuto nel titolo terzo del d.P.R. n. 131 del 1986 che detta una disciplina articolata degli atti che contengono più disposizioni, dell'enunciazione di atti non registrati, degli atti sottoposti a condizione sospensiva, approvazione od omologazione, della risoluzione del contratto, dell'irrilevanza della nullità e dell'annullabilità dell'atto. L'art. 20 rappresenta una norma di chiusura di questa analitica normativa, statuendo che l'imposta sugli atti presentati alla registrazione si applica secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti stessi anche se non vi corrisponde il titolo o la forma apparente. Ne deriva che se si può prescindere dall'inesatta qualificazione dell'atto operata dalle parti, non si può, invece, andare al di là della qualificazione civilistica e degli effetti giuridici desumibili da un'interpretazione complessiva dell'atto».

[15] Petrelli, *Imposta di registro - Elusione fiscale, interpretazione e riqualificazione degli atti*, in Studio, n. 95/2003/T del Consiglio Nazionale del Notariato.

[16] Cfr. Cass. n. 5877 del 2014, ove si osserva: «il principio secondo cui, in forza del diritto comunitario, non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano abuso del diritto, cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale, deve estendersi a tutti i settori dell'ordinamento tributario e, dunque, anche all'ambito delle imposte indirette, prescindendosi dalla natura fittizia o fraudolenta della operazione stessa, essendo all'uopo sufficiente anche la mera prova presuntiva, come nella specie. Pertanto incombe sul contribuente la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti con carattere non meramente marginale o teorico, come nel caso in esame» (così, anche, Cass. n. 15963 del 2013).

[17] Sentenza n. 41 del 22 aprile 2009, in banca dati on line DeJure.

[18] Cass. 14150 del 5 giugno 2013, in banca dati on line DeJure.

[19] Stevanato, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, *retro,* 2015, I, p. 695 ss.; Mastroiacovo, *L'abuso del diritto o elusione in materia tributaria: prime note nella*

Secondo le nuove disposizioni, si ha abuso a danno dell'ordinamento tributario quando si compiono «operazioni prive di sostanza economica» che «realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti» (articolo 10-*bis*, comma 1) in quanto si tratta di atti «inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali» (articolo 10-*bis*, comma 2, lettera a). Non ricorre però l'abuso quando l'operazione è qualificabile come legittima ricerca di un risparmio fiscale (articolo 10-*bis*, comma 4) e quando si tratta di operazioni che (articolo 10-*bis*, comma 12) costituiscono «violazione di specifiche disposizioni tributarie» (in quest'ultimo caso si configura infatti una fattispecie di evasione e non di elusione).

In altre parole, intanto il percorso compiuto si giustifica (come lecito risparmio fiscale) in quanto esso non sia vietato e sia dotato di «sostanza economica» e, quindi, non sia unicamente o prevalentemente il frutto di una mera architettura fiscale.

La nuova normativa ha inoltre codificato due importanti garanzie per il contribuente: l'obbligo del contraddittorio preventivo in capo all'Amministrazione finanziaria (la quale ha l'onere di notificare a pena di nullità una richiesta di chiarimenti al contribuente, prima di emettere l'atto impositivo), e l'onere della prova della sussistenza della condotta abusiva in capo all'Amministrazione finanziaria (mentre il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle valide ragioni extrafiscali).

Pertanto, oggi l'operato dell'Agenzia delle Entrate è soggetto ad una serie di paletti la cui mancanza rischia di rendere nullo l'atto impositivo.

Le nuove disposizioni sono entrate in vigore il 1° ottobre 2015 e si applicano alle operazioni poste in essere a partire da tale data, nonché a quelle poste in essere in data anteriore per le quali, al 1° ottobre 2015, non sia stato notificato il relativo atto impositivo.

Pertanto, per contestare validamente operazioni ritenute abusive, l'AE dovrà seguire l'iter imposto dall'art. 10-*bis*, e non potrà più emettere avvisi di accertamento non preceduti dall'invito al contraddittorio, a pena di nullità.

Nei casi di cessione d'azienda, l'introduzione della nuova normativa dovrebbe impedire all'Amministrazione di contestare in maniera generica le fattispecie negoziali portate al registro, e ridurre i casi di inutili lunghi contenziosi, grazie all'obbligo di convocare il contribuente al contraddittorio preventivo. Tale diritto dovrebbe favorire il dialogo tra l'Agenzia delle Entrate ed i contribuenti, i quali potranno e dovranno esporre le ragioni alla base di operazioni presuntivamente abusive. Tali ragioni potrebbero indurre l'Agenzia a non emettere atti impositivi ed a limitare, di conseguenza, il numero dei contenziosi.

Nel nuovo contesto normativo la norma generale sull'abuso ha soppresso l'art. 37-*bis* mentre ha lasciato intatto l'art. 20 d.P.R. n. 131/1986, cosicché quest'ultima norma torna a rivestire il suo ruolo originario di norma interpretativa, in base alla quale per la tassazione del singolo atto non ci si deve fermare alla apparenza esteriore dell'atto ma occorre verificarne la sostanza.

L'abrogazione dell'art. 37-*bis* dovrebbe peraltro comportare la neutralità fiscale della cessione indiretta d'azienda anche in riferimento all'imposizione indiretta.

Infatti, l'art. 176 TUIR stabilisce che il conferimento d'azienda seguito dalla cessione delle partecipazioni (che abbiano i requisiti per beneficiare del regime PEX) non rileva ai fini dell'art. 37-*bis* del d.P.R. 600/73 (clausola antiabuso in materia delle sole imposte dirette); il d.lgs. 128/2015 ha soppresso tale disposizione ed ha previsto che ogni riferimento alla stessa debba oggi essere letto in relazione all'art. 10-*bis* della legge 212/2000, il quale però si riferisce a tutte le fattispecie abusive, e non più solo, come il citato art. 37-*bis*, a quelle relative alle imposte dirette. Pertanto, si dovrebbe poter concludere che la cessione indiretta d'azienda non può più essere qualificata come abuso del diritto.

Dall'analisi delle prime pronunce della Cassazione successive all'entrata in vigore del d.lgs. 128/2015, sembrerebbe che la stessa sia "sorda" alle nuove disposizioni, in quanto i giudici di legittimità sembrano voler dare continuità al consolidato orientamento che avalla il vecchio schema di contestazione[20].

Una lieve apertura verso le ragioni del contribuente la si coglie nella sentenza n. 9575 dell'11 maggio 2016[21], in cui la Corte ha escluso la riqualificazione di singoli negozi di cessione nella unitaria cessione d'azienda, in quanto nel caso di specie mancava il collegamento negoziale tra i beni ceduti, «tale da poter affermare che l'insieme degli stessi avesse conservato, nel trasferimento una propria identità».

Va però evidenziato che si tratta di un caso abbastanza particolare, in cui la cessione aveva avuto ad oggetto dei beni strumentali particolari (una pressa non utilizzata dal cedente da otto anni e una serie di altri beni acquistati dal cedente al solo fine della successiva rivendita al cessionario ad un prezzo più vantaggioso).

Dunque, dalla pronuncia in esame non si ritiene di poter evincere un cambiamento di rotta della giu-

prospettiva della funzione notarile, Studio n. 151-2015/T approvato dal CNN nella seduta del 12-13 gennaio 2016; Miele, *Abuso del diritto distinto dalle fattispecie di evasione,* in *Corr. trib.*, 2015, p. 243 e ss.; F. Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1315e ss.; Russo, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, *retro*, 2016, vol, p. 3 e ss.; Contrino (insieme a Marcheselli), *L'Art. 10-bis, legge n. 212/2000 – Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*, in C. Consolo, C. Glendi e A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, p. 3-58.

[20] Cfr. Cass. 8542/2016, in banca dati on line DeJure.

[21] In banca dati on line DeJure.

risprudenza di legittimità. D'altro canto, le fattispecie oggi sottoposte all'attenzione della suprema Corte, riguardano ancora operazioni poste in essere e contestate in periodi antecedenti l'entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Dunque occorre attendere qualche anno prima che la Suprema Corte si esprima sulle operazioni elusive sotto il vigore della nuova normativa, con l'auspicio che i ricorsi in Cassazione diminuiscano grazie al contraddittorio preventivo.

a cura di Maria Pia Nastri
Professore associato di diritto tributario, facoltà di Giurisprudenza, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Agevolazioni prima casa – Credito d'imposta – Successive rivendite e nuovi acquisti – Ammissibilità dei benefici fiscali

Il contribuente può godere del credito di imposta previsto per le agevolazioni per l'acquisto della prima casa, (di cui ha già usufruito in forza del primo acquisto), anche in caso di compravendite successive fino a concorrenza dell'intera somma nel rispetto dei requisiti previsti. È pertanto legittima, secondo la Suprema Corte la compensazione del credito d'imposta del contribuente – emerso dal secondo acquisto – con le imposte da versare a seguito di un terzo acquisto. La sentenza si sofferma sull'annoso tema della legittimazione attiva del notaio, che nel caso di specie (diversamente dai casi di rimborso d'imposta, ove la legittimazione attiva viene negata) risulta destinatario dell'avviso di liquidazione in quanto "soggetto portatore di un interesse diretto"; l'istanza di rimborso costituisce un atto conseguenziale e strettamente connesso con l'avviso di liquidazione.

Cass. civ., sez. V, 16 settembre 2016, n. 18213, Pres. D. Chindemi, rel. G. Ariolli

Ammortamento – Ritardata annotazione – Violazione sostanziale – Indeducibilità dei costi inerenti – Certezza del diritto – Elusione fiscale

La tardiva annotazione delle quote di ammortamento nel registro dei cespiti ammortizzabili comporta l'impossibilità di dedurre costi ed oneri inerenti in ragione della natura sostanziale e non formale della violazione commessa. Nel caso di specie, la violazione non può esser considerata quale meramente formale per non aver ostacolato le attività di accertamento; infatti, si tratta di una violazione avente natura sostanziale in grado di incidere sulla corretta determinazione del reddito imponibile, giacché la deducibilità dei costi inerenti ha quale presupposto la corretta registrazione delle quote di ammortamento dei beni strumentali nel registro dei beni ammortizzabili. Non è possibile, pertanto, riconoscere la deducibilità dei costi in caso di ritardata compilazione del registro ex art. 16 del d.P.R. n. 600/1973 anche là dove risulti l'iscrizione fra i componenti negativi del conto economico, trattandosi di un regime rafforzato diretto a garantire la certezza del diritto e ad evitare prassi elusive.

Cass. civ., sez. V, 30 novembre 2016, n. 24385, Pres. A. Cappabianca, rel. F. Terrusi

Avviso di accertamento – Cartelle di pagamento – Tasso di interesse applicato – Nullità – Correttezza dei calcoli – L. n. 212/2000

È illegittima la cartella di pagamento emessa per la riscossione degli interessi qualora non individui il tasso applicato. Il contribuente, infatti, ha il diritto di verificare la correttezza dei calcoli eseguiti. Nel caso di specie, l'Agenzia delle Entrate, dopo aver revocato la sospensione dell'imposta di pagamento di un'imposta di successione, ha iscritto a ruolo gli interessi dovuti sull'intero periodo di sospensione. Il provvedimento è stato impugnato per omessa motivazione. L'Agenzia delle Entrate ha contestato l'assunto affermando che la cartella risultava sufficientemente motivata riportando sia il periodo di riferimento sia gli estremi della revoca della sospensione. Quest'ultima argomentazione non è stata accolta né in primo né in secondo grado. I giudici di legittimità, infine, investiti della questione, hanno ribadito che le cartelle non precedute da un avviso di accertamento devono contenere, a pena di nullità, i tassi applicati. La pronuncia è di particolare interesse in quanto pone fine ad una prassi consolidata in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della L. n. 212/2000, cd. Statuto dei diritti del contribuente.

Cass. civ., sez V, 6 dicembre 2016, n. 24933, Pres. D. Chindemi, rel. L.M.T. Zoso

Contraddittorio preventivo – Avviso di accertamento – Fisco – Contribuente – Procedimento giudiziale – Motivazione

L'instaurazione del contraddittorio deve avvenire in un momento precedente rispetto all'emissione dell'atto impositivo. Infatti, la carenza di tale momento, ove risulti fondamentale per la legittimità dell'atto stesso, non può essere sanata instaurando un confronto postumo tra Fisco e contribuente, successivo, quindi, alla notifica del provvedimento. D'altronde, se fosse possibile sanare il mancato contraddittorio in un momento successivo all'emissione dell'atto, il vi-

zio non verrebbe mai a rilevanza, perché il contraddittorio avverrebbe all'interno della fase processuale, dunque dopo l'impugnazione dell'atto e l'instaurazione del relativo procedimento giudiziale.

Invece, il contraddittorio deve necessariamente essere preventivo, ovvero attivato prima dell'emissione dell'atto, poiché la motivazione dell'atto stesso trova fondamento nel contraddittorio e deve sussistere ab origine, all'interno dell'avviso di accertamento notificato, non essendo suscettibile di alcun ampliamento postumo.

Cass. civ., sez. V, 24 novembre 2016, n. 24003, Pres. B. Virgilio, rel. M. Criscuolo

Prescrizione – Cartella di pagamento – Termine ordinario – Prescrizione breve – Atto di riscossione – Mancata impugnazione

La mancata impugnazione di un atto di riscossione non determina l'effetto di allungamento del termine di prescrizione da breve a ordinario. Ciò vale quando si parla di crediti degli enti previdenziali ovvero di crediti relativi a entrate dello Stato, tributarie ed extratributarie, nonché crediti delle regioni, delle province, dei comuni e degli altri enti locali nonché delle sanzioni amministrative per la violazione di norme tributarie o amministrative. La prescrizione breve, dunque, anche in seguito alla mancata impugnazione di un atto di riscossione, riguarda soltanto quelle pendenze per le quali la legge prevede un termine di prescrizione più breve di quello ordinario. Per imposte come l'Iva, l'Irpef e l'Ires, per le quali la legge non prevede affatto un termine di prescrizione, resta comunque quello decennale.

Cass., sez. un., 24 novembre 2016, n. 23397, Pres. G. Amoroso, rel. L. Tria

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Imposta sul valore aggiunto – Direttiva 2006/112/CE – Neutralità fiscale – Proporzionalità – Contabilità irregolare – Determinazione della base imponibile

In base agli artt. 73 e 273 della direttiva 2006/112/CE e al principio di neutralità fiscale, l'Amministrazione fiscale può, laddove non rinvenga le merci nello stabilimento di un soggetto passivo e, in assenza di registrazioni contabili e fiscali, presumere la sussistenza di una cessione di beni e determinare la base imponibile Iva più vicina possibile al corrispettivo realmente percepito dal soggetto passivo in funzione degli elementi di cui dispone. Spetta al giudice del rinvio verificare che le disposizioni di tale normativa nazionale non vadano al di là di quanto è necessario e siano rispettose del principio di proporzionalità al fine di assicurare l'esatta riscossione dell'imposta sul valore aggiunto e di evitare l'evasione. Ex articolo 242 della Direttiva Iva i soggetti passivi sono tenuti a tenere una contabilità adeguata ed è imposta agli stessi la presentazione di una dichiarazione in cui figurino tutti i dati necessari per determinare l'importo dell'Iva esigibile, in modo da evitare fenomeni di evasione.

C.G.U.E. sentenza del 5 ottobre 2016, C-576/15, *Maya Marinova ET e Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika»*

Rinvio pregiudiziale – Iva – Direttiva 77/388/CEE – Pro rata di detrazione Iva – Operazioni accessorie

Le regole nazionali per la determinazione del pro-rata di detrazione IVA non sono in contrasto con quelle dettate dalla Direttiva, ma sono legittime e conformi all'obiettivo di autorizzare criteri semplificati di calcolo dell'IVA e della detrazione. Il pro-rata fondato sulla cifra d'affari può essere applicato al complesso dei beni e dei servizi acquistati, senza tener conto della natura e della destinazione effettiva di ciascuno di tali beni e servizi, dunque forfettariamente e con approssimazione. Tale facoltà è prevista nella normativa italiana dall'art. 36 del DPR n. 633/1972 citato dalla Corte e dà la possibilità di optare per l'applicazione separata dell'imposta, con relativi maggiori oneri in capo al soggetto passivo per la tenuta della contabilità separata. Viene così preservato il diritto alla detrazione. Invece, le operazioni accessorie non concorrono alla determinazione della cifra d'affari ai fini del calcolo del pro-rata. La Corte afferma che un'attività può essere considerata accessoria se costituisce prolungamento diretto, permanente e necessario dell'attività imponibile e se non implica un impiego significativo di beni e servizi.

C.G.U.E. sentenza del 14 dicembre 2016, C-378/15, *Mercedes Benz* Italia Spa e Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Roma 3

Diritto internazionale

La sospensione dei diritti fondamentali in Turchia alla prova dell'articolo 15 CEDU 1386
di Marco Fasciglione

In "viaggio" verso la Cittadinanza europea, nel solco tracciato dalla Corte di giustizia e nelle sue varie declinazioni 1396
di Michela Monaco

L'onere probatorio nelle frodi IVA tra statuizioni europee e giurisprudenza statale. *Nota a della Corte di Giustizia, 22 ottobre 2015, Causa C-277/14, PPUH Stehcemp sp. j. c. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi* 1403
di Luigi Valentino

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea 1414

Marco Fasciglione
Ricercatore di diritto internazionale, IRISS-CNR

La sospensione dei diritti fondamentali in Turchia alla prova dell'articolo 15 CEDU

abstract

In the aftermath of the failed 15 July 2016 military attempted coup, Turkey's government declared a state of emergency under domestic law and notified to the Secretary General of the Council of Europe its decision to derogate the ECHR on behalf of article 15 of the Convention. Accordingly, Turkey adopted a series of extraordinary measures in the attempt to restore normalcy aiming at preventing other members (or sympathizers) of the organization which was supposed having led the attempted coup (the Fethullah Terrorist Organisation – FETÖ), to support in any way the action or to try a new coup. The present article aims to assess whether Turkey has exercised his power to derogate legitimately and in accordance with the substantive and procedural requirements of Article 15 ECHR, or whether extraordinary measures adopted are gone beyond the boundaries of the reasonableness and of the proportionality criteria in order to restrict the scope of protection of fundamental rights in this Country.

keywords

ECHR, Turkey, coup d'Etat, state of emergency, power of derogation, Art. 15, proportionality

abstract

In seguito al tentato colpo di stato del luglio 2016 e alla dichiarazione sullo stato di emergenza, il governo turco ha esercitato la facoltà di deroga prevista dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani e ha adottato una serie di misure straordinarie dirette ad impedire che altri membri (o simpatizzanti) dell'organizzazione ritenuta principale responsabile del tentato colpo di stato, il Fethullah Terrorist Organisation (FETÖ), presenti nei gangli vitali dell'amministrazione pubblica turca, sostenessero in qualsiasi modo l'azione sovversiva o tentassero un nuovo golpe. Il presente lavoro persegue l'obiettivo di valutare se la Turchia abbia esercitato il potere di deroga in modo legittimo e nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali previste dall'articolo 15, oppure se le misure adottate non siano andate oltre i limiti di ragionevolezza e proporzionalità richiesti dal tale disposizione per restringere l'ambito di tutela dei diritti fondamentali in questo Paese.

parole chiave

CEDU, Turchia, colpo di stato, stato di emergenza, facoltà di deroga, art. 15, proporzionalità

sommario

1. Introduzione. – **2.** Le condizioni di esercizio della clausola di deroga *ex* art. 15 CEDU. – **3.** L'applicabilità *ratione materiae* dell'articolo 15 CEDU al tentato colpo di stato in Turchia. – **4.** La compatibilità delle misure emergenziali adottate dalla Turchia a partire dal luglio 2016 con gli altri requisiti sostanziali fissati dall'art. 15 CEDU. – **4.1.** La durata delle misure di detenzione preventiva. – **4.2.** Le limitazioni del principio dell'equo processo ed il controllo delle comunicazioni tra detenuto e difensore. – **4.3.** I licenziamenti di massa, ed i provvedimenti di confisca di beni e liquidazione *ope legis* di associazioni e società private. – **4.4.** La questione del controllo giurisdizionale indipendente sulle misure emergenziali e le prime decisioni di irricevibilità della Corte di Strasburgo. – **4.5.** Le misure emergenziali ed i diritti inderogabili sanciti dalla CEDU. – **5.** Il rispetto dei requisisti formali dell'art. 15 CEDU e la comunicazione della deroga turca del 21 luglio 2016. – **6.** Le conseguenze della deroga turca e delle relative misure di emergenza: alcune osservazioni. – **7.** Conclusioni.

1. Introduzione

Sino ad oggi l'esercizio che è stato fatto da parte degli Stati contraenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[1] (CEDU) del potere di deroga previsto dall'art. 15 è stato piuttosto circoscritto, e dall'entrata in vigore della Convenzione sono circa quindici le comunicazioni di deroga che sono state depositate presso il Segretariato generale del Consiglio d'Europa[2]. Negli ultimi anni, tuttavia, il numero di Stati che a fronte di situazioni di 'crisi' hanno provveduto ad utilizzare la facoltà di deroga è in costante, e per certi versi preoccupante, crescita. La notifica della Turchia del 21 luglio 2016[3] relativa allo stato di emergenza proclamato all'indomani del tentato colpo di stato del 15 luglio è solo l'ultima in ordine temporale dopo quelle adotta-

[1] Cfr. Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953.

[2] Gli Stati che si sono avvalsi di tale facoltà sono sinora l'Albania, l'Armenia, la Francia, la Georgia, la Grecia, l'Irlanda, il Regno Unito, la Turchia e l'Ucraina.

[3] Cfr. la notifica di deroga JJ8187C Tr./005-191 del 21 luglio 2016.

te, per differenti motivi, dall'Ucraina nel 2015[4] e dalla Francia nel 2016[5].

Come è noto, il 15 luglio 2016, una parte delle forze armate turche ha attuato un tentativo di colpo di stato con l'obiettivo di destituire il governo democraticamente eletto del premier Recep Erdoğan. Mezzi armati ribelli attaccavano il parlamento e altre sedi istituzionali, prendendo il controllo delle principali arterie di comunicazione, della TV nazionale, e facendo prigionieri numerosi membri dell'esercito fedeli al governo. La reazione delle autorità turche è stata immediata e, mentre Erdogan trovava riparo in un luogo sicuro, forze militari lealiste, le forze di polizia e una buona parte della popolazione, si riversava in strada per dare vita a manifestazioni contro il tentato *putsch*, nonostante la legge marziale ed il coprifuoco proclamati dai golpisti. Nel giro di poche ore le forze governative riuscivano ad avere la meglio e a sedare gli scontri che comunque lasciavano sul terreno oltre 300 vittime fra militari, poliziotti e civili, più una grande quantità di feriti (oltre 2000).

All'indomani del tentato di colpo di Stato, il governo turco, ai sensi degli articoli 15 e 120 della Costituzione turca, e della legge sullo stato d'emergenza n. 2935, del 25 ottobre 1983, dichiarava lo stato di emergenza in tutto il territorio per una durata di tre mesi[6], e il 21 luglio notificava questa decisione al Segretario Generale del Consiglio d'Europa (CoE), affermando che «*in this process, measures taken may involve derogation from the obligations under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, permissible in art. 15 of the Convention*». Alla scadenza del periodo di tre mesi, la Turchia comunicava al Segretario Generale del Consiglio d'Europa la decisione della sessione plenaria dell'Assemblea nazionale turca[7] di prorogare per un periodo di ulteriori tre mesi lo stato di emergenza; una seconda proroga è stata disposta dall'Assemblea Nazionale il 4 gennaio 2016[8]. Analogo provvedimento di sospensione veniva inoltrato agli appositi organismi ONU in relazione alle disposizioni del Patto sui diritti civili e politici del 1966. In seguito al tentato colpo di stato e alla dichiarazione sullo stato di emergenza, quindi, il governo turco ha adottato una serie di misure tese formalmente ad impedire che altri membri (o simpatizzanti) dell'organizzazione ritenuta principale responsabile del tentato colpo di stato, il *Fethullah Terrorist Organisation* (FETÖ), presenti nei gangli vitali dell'amministrazione pubblica turca, sostenessero in qualsiasi modo l'azione sovversiva o tentassero un nuovo *putsch*. L'insieme di queste misure, dai licenziamenti di massa nell'apparato statale, all'incarcerazione e destituzione di circa 2700 magistrati, e svariati giornalisti, avvocati e docenti universitari, alle limitazioni al principio dell'equo processo, alla confisca di beni e alla liquidazione coatta di associazioni ed altri enti privati, sino all'ipotesi (circolata in alcuni ambienti governativi) di una reintroduzione della pena di morte (definitivamente abolita dall'ordinamento nel 2004), hanno suscitato nelle principali istituzioni internazionali la sensazione che la durissima reazione sia stata trasformata in una epurazione di massa per eliminare dalle forze armate e dalle principali istituzioni della pubblica amministrazione turca persone 'sgradite' al regime[9]. Nelle pagine che seguono cercheremo di valutare, quindi, più nel dettaglio se la Turchia abbia esercitato il proprio potere di deroga in modo legittimo e nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali previste dall'articolo 15 CEDU, oppure se le misure adottate non siano andate oltre i limiti di ragionevolezza e proporzionalità richiesti dal tale disposizione per restringere l'ambito di tutela dei diritti fondamentali in questo Paese[10].

[4] Cfr. la *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine*, registrata dal Segretario generale il 9 giugno 2015, poi integrata da un ulteriore dichiarazione del 29 giugno 2016 che sulla base sull'occupazione territoriale di alcune aree del Paese da parte di truppe russe e sulla conseguente annessione territoriale della Crimea da parte della Russia, comunica l'adozione di una serie di misure eccezionali in alcune aree sottoposte alla propria giurisdizione.

[5] Cfr. la *Declaration contained in a Note verbale from the Permanent Representation of France*, del 24 novembre 2015 depositata dalla Francia in seguito ai ripetuti attacchi terroristici effettuati a Parigi e verosimilmente attribuibili a cellule riconducibili al cosiddetto ISIS o califfato islamico.

[6] Cfr. la decisione del consiglio dei ministri n. 2016/9064, 20 luglio 2016.

[7] Cfr. decisione n. 1130 dell'11 ottobre 2016.

[8] Gli atti ufficiali concernenti la notifica della Turchia al CoE, incluse le traduzioni in inglese dei testi rilevanti che sono allegate alla notifica di deroga del 21 luglio 2016, sono tutti disponibili sul sito *www.coe.int/en/web/conventions/notifications*.

[9] Cfr. ad es. Risoluzione del Parlamento europeo sulle relazioni UE-Turchia, del 24 novembre 2016, P8_TA(2016)0450. Si veda anche lo *Statement* dell'Alto Commissario ONU sui diritti umani, *Turkey's response to attempted coup must be grounded in human rights and rule of law*, del 19 luglio 2016. Interessanti sono anche le osservazioni effettuate dal Relatore speciale ONU sulla promozione del diritto alla libertà di opinione e di espressione al termine di una missione di tre giorni in Turchia dal 14 al 18 novembre 2016. Il Relatore speciale ha espresso profonda preoccupazione per le misure adottate contro la stampa, con forme di censura senza precedenti, e per gli attacchi ingiustificati ad avvocati, giudici, giornalisti, artisti, accademici e attivisti, in violazione degli standard internazionali a tutela dei diritti umani. Grave e preoccupante la rimozione di professionisti dalle università e dai media, così come la chiusura di ONG e associazioni (cfr. *Preliminary conclusions and observations by the UN Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression to his visit to Turkey, 14-18 November 2016*, consultabile al sito www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20891&LangID=E).

[10] La vicenda ha ovviamente sollevato l'interesse immediato della dottrina. Basti citare in tale sede Sommario, *La deroga turca alla Convenzione europea dei diritti umani ed il tentato colpo di stato del luglio 2016*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2016, p. 720 ss. Si veda anche il *Giornale a più voci su stato di emergenza e deroghe* pubblicato in *Dir. uomo*, 2, 2016 con i contributi di: Cataldi, *La*

2. Le condizioni di esercizio della clausola di deroga *ex* art. 15 CEDU

È noto che tutti i trattati internazionali in materia di diritti umani (con la sola esclusione della Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli) contengono delle clausole di salvaguardia che consentono agli Stati membri di derogare ad alcune disposizioni convenzionali nei casi in cui guerre, pericoli pubblici ed emergenze di altra natura minaccino la vita della nazione. È questo il caso ad esempio dell'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, dell'art. 27 della Convenzione americana sui diritti umani del 1969 e infine dell'art. 15 della Convenzione di Roma del 1950[11]. Siffatta comune facoltà di deroga trova la propria *ratio* nel principio di diritto internazionale generale sullo stato di necessità, nel senso che un illecito internazionale viene meno qualora sussista un pericolo grave ed imminente agli interessi essenziali dello stato; essa riposa quindi nel superiore interesse dello Stato di salvaguardare la sopravvivenza della nazione anche 'a costo' di sospendere degli obblighi internazionalmente assunti[12]. Ebbene, con specifico riferimento alla CEDU, va segnalato come il regime derogatorio di cui all'art. 15[13] differisce sostanzialmente dalle limitazioni che gli Stati contraenti possono ordinariamente imporre all'esercizio di alcuni dei diritti garantiti dalla Convenzione, nei paragrafi 2 degli art. 8 e seguenti. Tali limitazioni, in effetti, non richiedono il preventivo accertamento della situazione di pericolo e non richiedono di essere comunicate al Segretariato generale del Consiglio d'Europa; la loro adozione è necessaria non già per ripristinare le condizioni di normalità all'interno dello Stato in seguito ad avvenimenti che ne hanno messo in crisi la continuità e esistenza, bensì per far fronte ad una situazione contingente che per quanto seria non è destinata ad incidere sull'assetto istituzionale del Paese interessato. In sintesi, ciò che distingue il funzionamento delle deroghe in stato di urgenza dalle 'ingerenze' e dalle 'limitazioni' delle autorità pubbliche sul godimento dei diritti fondamentali, oltre alla differente gravità delle circostanze di fatto che ne giustificano il ricorso, è proprio il ricorrere di una situazione di eccezionalità normativa che caratterizza l'attivazione della clausola derogatoria *ex* art. 15 e che impone l'osservanza allo Stato contraente di una serie di condizioni sostanziali e procedurali con lo scopo di scongiurarne un utilizzo 'arbitrario'.

Ogni Stato contraente della CEDU, in effetti, può invocare l'art. 15 solo se: *a)* sussiste un'emergenza pubblica che minacci la vita della nazione; *b)* ricorre la stretta necessità delle misure adottate, *c)* tali misure sono compatibili con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. La facoltà di deroga dello Stato incontra, poi, ai sensi del par. 2 dell'art. 15 anche il limite dei diritti inderogabili, quei diritti, cioè, ai quali nessuna deroga è ammessa nemmeno in caso di guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione: si tratta del diritto alla vita (articolo 2), del divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti (articolo 3), dell'interdizione della schiavitù e della servitù (art. 4) e del principio di irretroattività della legge penale (art. 7). A tale elenco va anche aggiunto il divieto di pena di morte come previsto dai Protocolli addizionali n. 6 e n. 13 ed il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 4 del Protocollo addizionale n. 17[14]. Con riguardo alle condizioni procedurali, per potersi avvalere della facoltà di deroga uno Stato contraente deve: *a)* dichiarare pubblicamente di voler derogare alla Convenzione; e *b)* notificare la deroga, le misure adottate e la loro scadenza al Segretario generale del Consiglio d'Europa.

deroga francese alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un precedente da non seguire, pp. 323-334; Colacino *Stato d'urgenza permanente contro il terrorismo e garanzie giurisdizionali: osservazioni sulle deroghe francesi alla CEDU*, pp. 335-352; Zanghì, *Le deroghe alla tutela dei diritti umani nell'art. 15 della Convenzione europea*, pp. 353-370.

[11] In materia si veda in generale Oraá, *Human rights in states of emergency in international law*, Oxford, 1992; Eboli, *La tutela dei diritti umani negli Stati di emergenza*, Milano, 2010. Con specifico riferimento al sistema della CEDU si vedano, *inter alia*, Velu, Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990; Tavernier, *Commentaire de l'Article 15*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, diretto da Pettiti, Decaux, Imbert, Parigi, 1999, p. 489 ss.; Gross, Ni Aoláin, *From discretion to scrutiny: revisiting the application of the margin of appreciation docrtine in the context of art. 15 of the European Convention of human rights*, in *Hum. Rights Quart.*, 2001, p. 625 ss.; Mokhtar, *Human rights obligations v. derogations: Art. 15 of the European Convention on human rights*, in *International Journal of Human Rights*, 2004, pp. 65-87; Cataldi, *Art. 15*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, pp. 555-564.

[12] Cfr. in proposito Velu, Ergec, cit., p. 81 e p. 141.

[13] La formulazione del testo dell'art. 15 CEDU recita: «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.» (trad. ufficiale del Consiglio d'Europa).

[14] Tali condizioni sono state sinteticamente rievocate nella dichiarazione resa dal Segretario Generale del Consiglio d'Europa per confermare la ricezione della notifica della Turchia: cfr. *Secretary General receives notification from Turkey of its intention to temporarily suspend part of the European Convention on Human Rights*, *Press release* - DC132(2016), del 21 luglio 2016).

3. L'applicabilità *ratione materiae* dell'articolo 15 CEDU al tentato colpo di stato

Il primo passo per valutare la legittimità della deroga turca alla CEDU, dunque, risiede nell'accertare se la situazione che le autorità di governo turche si sono trovate a fronteggiare rientri nel campo di applicazione materiale dell'art. 15 CEDU. Si tratta di valutare, quindi, in concreto la sussistenza dell'esistenza di una emergenza pubblica che minacci la vita della nazione così come richiesto dall'art. 15 CEDU. In proposito, la giurisprudenza della vecchia Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo non lasciano molti dubbi relativamente al fatto che un colpo di stato militare (anche se fallito), come quello di cui qui si discute, sia idoneo ad essere qualificato come una grave minaccia per la nazione tale da richiedere la proclamazione dello stato di emergenza per ripristinare la normalità nel Paese. In effetti, sebbene nell'unico precedente analizzato dagli organi di monitoraggio di Strasburgo (si tratta del caso relativo al colpo di stato della giunta dei colonnelli in Grecia) la Commissione europea si era rifiutata di riconoscere la legittimità dello stato di emergenza proclamato dal regime golpista, ciò era dovuto non perché un colpo di stato non fosse di per sé idoneo a giustificare uno stato di emergenza, ma molto più semplicemente per l'applicazione al caso di specie della regola di diritto internazionale generale secondo cui nessun Governo può pretendere di derogare ai suoi obblighi in materia di diritti umani in conseguenza di uno stato di emergenza che esso stesso abbia creato o contribuito a creare[15]. Al contrario, nell'interpretazione fornita sin dal primo caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il caso *Lawless c. Irlanda (n. 3)*, gli organi di Strasburgo hanno chiarito che la nozione di «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» contenuta nell'art. 15 implica che lo Stato si debba trovare in «une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat»[16] e, poi, proprio nella già menzionata decisione della Commissione relativa al *caso Greco* hanno ulteriormente sviluppato la nozione sottolineando che il 'pericolo pubblico' deve: *a)* essere attuale o imminente; *b)* riguardare l'intera nazione; *c)* minacciare il proseguimento della vita organizzata della comunità; e *d)* essere eccezionale, nel senso che le misure e le restrizioni che la Convenzione permette di adottare per il mantenimento della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblici, sarebbero chiaramente insufficienti a farvi fronte[17]. Si tratta, è vero, di condizioni particolarmente stringenti, la cui rigidità è stata, però, progressivamente attenuata dalla prassi interpretativa degli organi di Strasburgo che ha riconosciuto in proposito un ampio margine di apprezzamento dello Stato: ciò tanto con riguardo alla decisione di imporre lo stato di emergenza, quanto con riguardo alle misure adottate per farvi fronte. La Corte, in effetti, non ha mancato di riconoscere di volta in volta come «by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (…) leaves those authorities *a wide margin of appreciation*»[18]. Questo *favor* che la Corte accorda allo Stato si giustificherebbe in base alla circostanza che le autorità statali alle prese con un'emergenza devono agire rapidamente, in condizioni particolarmente mutevoli e sulla base di informazioni limitate. Non solo, la Corte ha sempre interpretato siffatti criteri con una certa flessibilità spingendosi, sia pure con specifico riferimento alle situazioni di pericolo derivanti da attacchi terroristici, al punto da 'sfumare' la stessa nozione di 'imminenza' del pericolo per riconoscere che le autorità non possono essere tenute ad attendere che un evento emergenziale si manifesti in maniera conclamata prima di poter prendere provvedimenti adeguati, ammettendo quindi la legittimità del ricorso alla deroga anche in tali situazioni[19].

Tirando le somme, circa l'applicazione *ratione materiae* dell'articolo 15 CEDU alla situazione del luglio 2016 in Turchia, *quid iuris*? Ora, un tentativo di colpo di Stato con l'impiego di mezzi militari, con scontri armati tra fazioni rivali e con un grosso numero di vittime e feriti sono tutti elementi che paiono integrare senz'altro un pericolo pubblico di carattere eccezionale, imminente e concreto e rappresentano di certo una seria minaccia per il funzionamento e la sopravvivenza di un governo che resta pur sempre democraticamente eletto. Insomma, la situazione originatasi nel luglio 2016 a nostro avviso può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 15 CEDU; ciò a maggior ragione ove si consideri l'ampio margine d'apprezzamento usualmente concesso dalla Corte di Strasburgo agli Stati membri in relazione alla disposizione in esame[20].

[15] Cfr. il c.d. *Caso Greco*, rapporto della Commissione europea del 5 novembre 1969, ricorsi n. 3321/67; 3322/67; 3323/67 e 3344/67, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, 1969, pp. 5-510.

[16] Cfr. *Lawless c. Irlanda (n. 3)*, ricorso 332/57, sentenza del 1 luglio 1961, par. 28.

[17] Cfr. *Caso Greco*, cit., par. 113.

[18] L'enfasi è nostra. Cfr. *Irlanda c. Regno Unito*, ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978, par. 207 e *mutatis mutandis*, *Aksoy c. Turchia*, ricorso n. 21987/93, sentenza del 18 dicembre 1996, par. 68.

[19] Cfr. *A. et al. c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009, par. 177.

[20] Va segnalato, ad onor del vero, che un diverso punto di vista sembra emergere nel sistema dei relatori speciali ONU sui diritti umani: in tale ambito, infatti, con riferimento alla deroga depositata dalla Turchia al Patto sui diritti civili e politici, è stato

4. La compatibilità delle misure emergenziali adottate dalla Turchia a partire dal luglio 2016 con gli altri requisiti sostanziali fissati dall'art. 15 CEDU

Dando quindi per assodato che la decisione della Turchia di derogare alcuni dei diritti CEDU in seguito al colpo di stato di luglio 2016 sia legittima, il secondo passo da compiere è di accertare se siano soddisfatte anche le altre condizioni che devono essere rispettate quando uno Stato membro decide di derogare alla CEDU.

Per quanto riguarda la stretta necessità delle misure adottate, siffatto criterio implica una serie di elementi ulteriori utili a stabilire se lo Stato non abbia oltrepassato «the extent strictly required by the exigencies» della situazione[21]. Si tratta sinteticamente di valutare: *a*) se l'adozione di leggi ordinarie non sia sufficiente per fare fronte al pericolo causato dalla situazione di emergenza pubblica[22]; *b*) se le misure adottate rappresentino realmente un 'risposta genuina' alla situazione di emergenza[23]; *c*) se le misure *de qua* perseguano effettivamente lo scopo per il quale esse sono state previste[24]; *d*) se esse siano sottoposte a controllo giurisdizionale e alle altre garanzie del caso[25]; *e*) la loro proporzionalità in rapporto alla minaccia fronteggiata; tale elemento impone che lo Stato derogante, tra le tante alternative, adotti le misure che siano meno pregiudizievoli per i diritti dell'individuo[26] e non implichino ingiustificabili discriminazioni[27]. Per quanto concerne, infine, il limite degli obblighi derivanti dal diritto internazionale, esso si giustifica con la circostanza che le garanzie previste dalla CEDU devono essere considerate come un standard minimo di protezione dei diritti umani per cui vanno applicate quegli standard più rigorosi che siano eventualmente sanciti in altre norme di diritto internazionale[28].

Ora, l'elenco di misure adottate dalle autorità turche in seguito alla dichiarazione sullo stato di emergenza è alquanto numeroso. Dal 21 luglio 2016 al momento in cui si scrive la Turchia, ha comunicato al Segretario Generale del Consiglio d'Europa dodici decreti legge (i decreti n. 667 del 22 luglio 2016, n. 668 del 27 luglio, n. 669 del 31 luglio, n. 670 e n. 671, entrambi del 17 agosto, e n. 672, n. 673 e n. 674, tutti del 1 settembre 2016; n. 675 e n. 676, entrambi del 29 ottobre 2016; n. 677 e n. 678, entrambi del 22 novembre 2016)[29]. Un'attività frenetica che si è tradotta in un insieme di provvedimenti che non sempre paiono sorretti dal criterio di stretta necessità e di proporzionalità in quanto rischiano di incidere sull'assetto dei poteri statali, conferendo maggiori prerogative all'esecutivo ed eliminando la possibilità di controlli giurisdizionali sui provvedimenti adottati in base alla legislazione d'emergenza. Molto spesso tali misure sono prive di indicazioni utili per determinare le circostanze specifiche che ne hanno giustificato l'adozione e che costituiscono il principale parametro di riferimento per valutare la loro legittimità: insomma, è verosimile che alcune di queste misure possano risultare in conflitto con la Convenzione. Analizzeremo qui di seguito quelle che ci paiono le più eclatanti.

4.1. La durata delle misure di detenzione preventiva

Un primo gruppo di misure che suscita dubbi di compatibilità con la Convenzione riguarda quelle contenute nell'articolo 6, lett. *a*) del decreto legge n. 667 e che fissano in 30 giorni la durata massima del fermo di polizia, prima della comparizione dinanzi ad un autorità giudiziaria, applicabile nei confronti delle persone sospettate di un coinvolgimento nel colpo di stato.

La disposizione in esame pare in contrasto con l'articolo 5, par. 3, CEDU che sancisce il diritto della persona detenuta ad essere tradotta «al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie», affinché questi possa verificare la sussistenza delle condizioni che hanno legittimato l'adozione della misura cautelare. Sebbene secondo i giudici di Strasburgo tale requisito deve essere interpretato con una certa 'elasticità' e secondo le circostanze di ciascun caso, esso «non può giungere ad arrecare pregiudizio alla sostanza del diritto garantito […] fino a dispensare in pratica lo Stato dall'assicurare una rapida remissione in libertà o una pronta comparizione davanti ad un'autorità giudiziaria»[30]. In proposito, la giurisprudenza della Corte ha colto l'occasione per precisare che il requisito di speditezza deve normalmente considerarsi violato se il controllo del giudice non avviene entro quattro giorni dall'arresto[31] e che, anche nei casi in cui le autorità nazionali procedano in relazione alla commissione di gravi reati, ciò non implica che esse abbiano «carta

evidenziato che «the invocation of Article 4 is lawfully only if there is a threat to the life of the nation, *a condition that arguably is not met in this case*» (l'enfasi è aggiunta. Così la dichiarazione congiunta di diciannove tra gli Special Rapporteur ONU, *UN experts urge Turkey to adhere to its human rights obligations even in time of declared emergency*, *Press Release*, del 19 agosto 2016).

[21] Cfr. *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 206 ss.

[22] Cfr. *Lawless c. Irlanda (no. 3)*, cit., par. 36; *Irlanda c. Regno Unito*, cit. par. 212.

[23] Cfr. *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, cit., par. 51.

[24] Cfr. *Lawless c. Irlanda (no. 3)*, cit., par. 38)

[25] Cfr. *Lawless c. Irlanda (no. 3)*, cit., par. 37; *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, cit., par. 59 e 61-65; *Aksoy c. Turchia*, cit., par. 79-84.

[26] Cfr. *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, cit., par. 54.

[27] Cfr. *A. et al. c. Regno Unito*, cit., par. 190.

[28] Cfr. Cataldi, *Art. 15*, cit., p. 559.

[29] Le traduzioni in inglese e francese e le relative note esplicative sono disponibili sul sito dell'ufficio trattati del Consiglio d'Europa *www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations*

[30] Cfr. *Brogan e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 11209/84, n. 11234/84, n. 11266/84, n. 11386/85, sentenza del 29 novembre 1988, par. 59.

[31] Cfr. *Oral e Atabay c. Turchia*, sentenza del 23 giugno 2009, par. 43.

bianca nell'arrestare i sospetti e detenerli senza alcun controllo da parte delle corti nazionali e, in ultima istanza dalle istituzioni della Convenzione»[32]. Il fatto che la Corte abbia sottolineato che, anche in presenza di sì gravi situazioni, periodi di detenzione preventiva di quattordici giorni non possono essere considerati compatibili con la Convezione[33], porta a ritenere in contrasto con la CEDU la durata ben maggiore della detenzione extragiudiziale fissata dal decreto legge n. 667. La Turchia potrebbe tentare di giustificare la durata del fermo di polizia con l'elevato numero di arresti e, quindi, di procedimenti in corso insieme al contestuale ridimensionamento del corpo giudiziario, conseguenza del licenziamento di migliaia di giudici: non ci sembra, tuttavia, che tali giustificazioni possano essere agevolmente accolte dalla Corte.

4.2. Le limitazioni del principio dell'equo processo ed il controllo delle comunicazioni tra detenuto e difensore

Sempre nell'articolo 6, il decreto legge n. 667 introduce delle limitazioni al diritto all'equo processo. Il paragrafo *d*) di tale articolo, infatti, autorizza le autorità turche a registrare, con diverse modalità, le conversazioni fra il detenuto e il suo difensore e prevede altresì la possibilità che ai loro colloqui possa essere presente un agente di pubblica sicurezza. Si tratta di misure la cui compatibilità con la Convenzione, e specificamente con le disposizioni in tema di equo processo di cui all'articolo 6, è alquanto dubbia. È noto che, tra le garanzie che la Convezione riconosce in base all'articolo 6 par. 3 lett. *c*) in materia di diritti della difesa, quella dell'imputato di comunicare con il proprio avvocato senza essere ascoltato da terzi figura tra le prerogative fondamentali di un processo equo. Nella sua consolidata giurisprudenza la Corte non ha mai mancato di evidenziare che qualora un avvocato non sia messo nelle condizioni di ricevere istruzioni confidenziali e conferire con il proprio cliente senza sorveglianza, la sua assistenza perderebbe gran parte della propria utilità, mentre lo scopo della Convenzione consiste nel proteggere diritti concreti ed effettivi[34]. E anche se la Corte ha ammesso che quello alla confidenzialità delle comunicazioni tra imputato e difensore non può essere considerato un diritto assoluto e che restrizioni a siffatto diritto sono senz'altro ammissibili, esse devono essere improntate ai criteri dell'assoluta necessità e della minore afflittività per il soggetto interessato[35]. Ebbene, il numero ed il livello di interferenza che le misure emergenziali adottate dalle autorità turche presentano in relazione alle garanzie dell'equo processo (si pensi, ad esempio, alla facoltà concessa ai pubblici ministeri di negare alla difesa la possibilità di esaminare elementi di prova a carico degli imputati, prevista dall'articolo 3, par. 1, lett. *l*) del decreto n. 668), induce a ritenerle non legittime ai sensi della CEDU[36].

4.3. I licenziamenti di massa, ed i provvedimenti di confisca di beni e liquidazione ope legis *di associazioni e società private*

Un altro gruppo di misure emergenziali la cui conformità alla CEDU è fortemente dubbia riguarda i licenziamenti di massa di giudici, docenti universitari ed altri dipendenti pubblici, nonché i provvedimenti di confisca di beni nonché quelli di liquidazione *ope legis* ed in assenza di indennizzo di associazioni e società private. Il governo turco ha cercato di giustificare le misure in esame sulla base dell'esigenza di evitare che membri (o simpatizzanti) della FETÖ, sostengano in qualsiasi modo l'azione sovversiva o tentino in futuro un nuovo golpe. Il punto è che l'insieme di questi provvedimenti è caratterizzato dalla mancanza di una puntuale descrizione dei criteri in base ai quali essi si applicano ai destinatari. Esemplare è il fatto, ad esempio, le misure *de qua agitur* siano indirizzate non solo a soggetti che siano membri o affiliati alla FETÖ, ma anche a quanti abbiano semplicemente una «connessione» con la stessa organizzazione, e che poi in concreto i destinatari siano stati individuati sulla base di liste, allegate ai decreti legge adottati dalle autorità turche, senza indicazione di elementi di prova verificabili a carico dei singoli, e senza garanzia di un effettivo controllo giurisdizionale. Inoltre, la stessa rapidità con la quale queste liste sono comparse lascia presumere che l'adozione di tali misure non sia stata accompagnata nemmeno da un minimo essenziale di garanzie procedurali[37]. Insomma, le modalità con cui queste

[32] Con specifico riferimento ai reati di terrorismo, si rinvia a *Demir e altri c. Turchia*, ricorsi n. 21380/93, n. 21381/93, n. 21383/93 sentenza del 23 settembre 1998, par. 59.

[33] Cfr. *Aksoy c. Turchia*, cit., par. 78.

[34] Cfr., *inter alia*, *S. c. Svizzera*, ricorsi n. 12629/87 e n. 13965/88, sentenza del 28 novembre 1991, par. 48; *Sakhnovskiy c Russia*, ricorso n. 21272/03, sentenza del 2 novembre 2010, par. 97.

[35] Cfr. *Zagaria c. Italia* [GC], ricorso n. 58295/00, sentenza del 27 novembre 2007, par. 35.

[36] Osservazioni analoghe sono state svolte, sia pure con riferimento al Patto sui diritti civili e politici, dall'Alto Commissario ONU sui diritti umani, *Turkey's response to attempted coup must be grounded in human rights and rule of law*, cit.).

[37] Per un analisi sul punto, si rinvia a Commissione di Venezia, *Opinion on Emergency Decree Laws nos 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016*, del 9-10 dicembre 2016, p. 23 ss., che descrive le misure in esame come una vera e propria «ad hominen emergency legislation», p. 21. Le modalità con cui sono state compilate e pubblicate le liste, hanno contribuito ad ingenerare il sospetto in alcuni osservatori che esse fossero addirittura preesistenti al tentato colpo di stato. La lista dei giudici e dei pubblici ministeri destinatari di provvedimenti di detenzione e di destituzione dall'incarico, ad esempio, sarebbe stata preparata anticipatamente dal Consiglio superiore della magistratura; prova di tale preesistenza della lista sarebbe confermata dal fatto che in essa ci sono nomi di magistrati deceduti o indicati come in servizio presso la sede precedente a quella al momento dell'arresto (così Michelini, *Lo stato di emergenza in Turchia: sospensione dello Stato di diritto*, in *Questione Giustizia - Osservatorio internazionale*, del 13 ottobre 2016, consultabile al sito *www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-emergenza-in-turchia_so-*

misure sono state concepite e poi poste in esecuzione non sembrano conformi alla CEDU in quanto in contrasto con i requisiti di 'necessità' e della 'proporzionalità' richiesti dall'art. 15.

4.4. La questione del controllo giurisdizionale indipendente sulle misure emergenziali e le prime decisioni di irricevibilità della Corte di Strasburgo

Conclusione non dissimile vale in relazione all'assenza di un controllo indipendente sulle modalità di applicazione e di utilizzo delle misure emergenziali da parte delle autorità turche. Come noto, tale criterio, finalizzato ad assicurare che degli organismi terzi dotati di effettivo potere decisionale possano controllare se l'esecutivo abusi dei poteri eccezionali introdotti, è uno dei capisaldi utilizzati dalla Corte di Strasburgo per stabilire la compatibilità di misure emergenziali con la Convezione[38]. Ebbene siffatto criterio non pare soddisfatto allorquando si consideri che nell'ordinamento turco, sistema che ammette il ricorso diretto alla Corte costituzionale, l'art. 148 della Costituzione sancisce che i decreti legge emanati durante lo stato d'emergenza «shall not be brought before the Constitutional Court alleging their unconstitutionality as to form or substance»[39]. Va ricordato, in effetti, che se inizialmente la Corte costituzionale turca aveva superato l'ostacolo rappresentato dalla lettera dell'art. 148 della Costituzione attraverso una interpretazione estensiva della norma in esame, riservandosi un controllo di costituzionalità su tali atti, recentemente essa ha operato un significativo *révirement* giurisprudenziale e, proprio con riferimento ai decreti n. 668, 669, 670 et 671, ha chiarito che i decreti legge adottati durante lo stato di emergenza non sono sottoponibili a controllo di costituzionalità, né di forma né di merito, in quanto tale controllo spetta in virtù dell'art. 121 della Costituzione al potere legislativo[40]. Insomma, esiste il pericolo concreto che le misure emergenziali adottate dalla Turchia sfuggano al sindacato della Corte costituzionale[41].

Questo punto è a nostro giudizio estremamente delicato. La questione è già stata sollevata dinanzi alla Corte europea dei diritti umani nell'ambito dei primi ricorsi individuali *ex* art. 34 CEDU depositati, senza passare prima attraverso il filtro della Corte costituzionale, per contestare la legittimità delle misure di emergenza adottate dal governo turco. La Corte, però, li ha respinti come irricevibili a causa del mancato esaurimento dei ricorsi interni[42]. Secondo i giudici di Strasburgo i ricorrenti, un magistrato e un professore che erano stati rimossi dalle loro funzioni e messi in stato di detenzione all'indomani del tentato golpe, non avrebbero presentato prove sufficienti tali da consentire di dubitare dell'efficacia *prima facie* del ricorso alla Corte costituzionale[43]; né i loro timori circa l'imparzialità di quest'ultima li esimono dall'obbligo di esaurire questo rimedio. Che dire della posizione della Corte di Strasburgo? Essa pare formalmente ineccepibile. Ci si può, al limite, domandare se non fosse il caso di badare più alla 'sostanza' che alla forma e ritenere che quella originatasi in Turchia sia da ricondurre ad una di quelle situazioni speciali che la consolidata giurisprudenza della Corte ammette come eccezioni alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni[44].

4.5. Le misure emergenziali ed i diritti inderogabili sanciti dalla CEDU

Sono diversi, poi, i resoconti che circolano in relazione al trattamento riservato ai destinatari di misure di detenzione e di limitazione della libertà personale adottate in seguito alla dichiarazione sullo stato di emergenza e che informano di atti di tortura o di altri trattamenti disumani e degradanti compiuti nei confronti di quanti siano stati direttamente coinvolti nell'organizzazione e nell'esecuzione del colpo di stato[45]. Va precisato ad onor del vero che, allo stato in cui si scrive la realizzazione di tali atti non è stata ancora formalmente accertata, né per via giudiziale, né attraverso l'operato dei meccanismi di controllo operanti a livello internazionale ed europeo. Infatti, mentre le autorità turche hanno deciso di rinviare la visita del Relatore speciale ONU sulla tortura prevista per il 10-14 ottobre 2016, suscitandone la preoccupata reazione[46], esse hanno concesso, invece, al Comitato europeo per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa di visitare il paese ed i luoghi di detenzione, inclusa la possibilità di corrispondere in privato con gli individui in regime detentivo in conseguenza del

spensione-dello-stato-di-diritto_13-10-2016.php).

[38] Cfr. *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit., par. 61-65.

[39] Il testo inglese è disponibile sul sito dell'Assemblea nazionale turca, *www.global.tbmm.gov.tr/index.php/EN/yd/*.

[40] Si tratta della sentenza della Corte costituzionale turca, del 12 ottobre 2016, citata dalla Corte di Strasburgo nella decisione sulla ricevibilità nel caso *Zihni c. Turchia*, ricorso n. 59061/16, sentenza del 29 novembre 2016, par. 14-17.

[41] Nello stesso senso anche il già menzionato parere della Commissione di Venezia, *Opinion on Emergency Decree Laws* …, cit., par. 188 ss.

[42] Cfr. rispettivamente *Mercan c. Turchia*, ricorso n. 56511/16, decisione del 17 novembre 2016, e *Zihni c. Turchia*, cit.

[43] Così *Mercan c. Turchia*, par. 26 e *Zihni c. Turchia*, par. 29.

[44] In generale sul tema rinviamo a Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, 2004; si veda anche Pitea, *Art. 35*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, cit., pp. 655-683, in part. p. 664 ss.

[45] Cfr. *Amnesty International, Turkey: Independent monitors must be allowed to access detainees amid torture allegations*, del 24 luglio 2016, disponibile al sito *www.amnesty.org/en/latest/news/2016/07/turkey-independent-monitors-must-be-allowed-to-access-detainees-amid-torture-allegations/*. Dello stesso tenore anche *Human Rights Watch, Turkey: Emergency Decrees Facilitate Torture*, del 25 ottobre 2016, disponibile al sito *www.hrw.org/news/2016/10/25/turkey-emergency-decrees-facilitate-torture*.

[46] Cfr. *Turkey - Human rights: Government postpones visit by the UN Special Rapporteur on torture*, consultabile al sito *www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20548*.

tentato colpo di stato[47]. Tuttavia, a causa delle regole sancite dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione della tortura[48], i risultati di tale visita restano secretati e non possono essere resi pubblici in assenza di espressa autorizzazione da parte dello Stato interessato.

In attesa, quindi, che si pronuncino gli organismi internazionali di controllo, è sufficiente limitarsi a ricordare che il divieto di tortura e di trattamenti o pene inumani o degradanti fa parte del novero di disposizioni della Convenzione che sono inderogabili Rispetto a tale divieto nessuna deroga è consentita nemmeno in caso di guerra o di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Non vi è dubbio, pertanto, che la dichiarazione sullo stato di emergenza e la comunicazione di deroga alla Convenzione non legittimano le autorità turche a sospendere l'applicazione all'interno del paese delle disposizioni di cui all'art. 3 CEDU[49]. In modo non dissimile devono essere giudicate le dichiarazioni circolate in alcuni ambienti governativi turchi nelle quali è stata adombrata la possibilità di punire con la morte gli autori del tentato golpe. Ebbene, tanto l'imposizione della pena capitale quanto l'applicazione retroattiva della legge penale, che deriverebbe dalla reintroduzione della prima nell'ordinamento giuridico turco (nel 2004 la Turchia aveva provveduto infatti ad eliminare il riferimento alla pena di morte contenuto nell'art. 15.2 della Costituzione) costituiscono dei principi cui non è concessa deroga ai sensi della Convenzione, nemmeno in situazioni d'emergenza[50].

5. Il rispetto dei requisisti formali dell'art. 15 CEDU e la comunicazione della deroga turca del 21 luglio 2016

È noto che per potersi avvalere della clausola derogatoria, lo Stato che intenda utilizzarla è tenuto a soddisfare anche alcune condizioni di ordine procedurale. Tale è, innanzitutto, l'obbligo di inoltrare una specifica notifica al Segretario generale del Consiglio d'Europa. Lo Stato derogante deve tenere, in effetti, pienamente informato il Segretario generale circa le misure prese, i motivi che le hanno ispirate e comunicare quando le misure abbiano cessato di essere in vigore. Come è noto, lo scopo di tale obbligo è fare in modo che la natura e la portata delle deroghe alla Convenzione sia esattamente determinata e quindi rendere edotti gli altri Stati membri e gli organi della Convenzione circa le misure adottate e consentire il controllo internazionale nel caso di contestazioni. Nel silenzio della lettera dell'art. 15, che non indica un termine preciso entro cui effettuare la notifica, la consolidata giurisprudenza degli organismi di controllo della Convenzione ha chiarito che tale obbligo include sia il dovere di avvertire le autorità compenti del Consiglio d'Europa «without any unavoidable delay»[51], sia quello di fare in modo che le informazioni siano complete e idonee a consentire il controllo sulle misure prese.

Ebbene, sotto il primo profilo nulla pare potersi imputare alle autorità turche. In effetti, la Corte ha sempre riconosciuto una certa flessibilità all'interpretazione del disposto in esame ammettendo che l'obbligo di informazione non deve necessariamente precedere l'entrata in vigore delle misure emergenziali specificando però che in tal caso la notifica deve tuttavia avvenire in tempi ragionevolmente rapidi, e ha ammesso che il decorso di un periodo di dodici giorni dalle misure emergenziali costituisce un ritardo accettabile nell'invio della notifica[52]. Nel caso in esame, conseguentemente, la notifica di deroga turca è stata inoltrata al Segretario generale del Consiglio d'Europa il 21 luglio 2016, quindi dopo solo 5 giorni dalla proclamazione dello stato d'emergenza. Inoltre, la notifica prevede espressamente che i provvedimenti emergenziali entrino in vigore a partire dalla stessa data in cui essa è stata inoltrata. In conclusione da questo punto di vista, la Turchia ha ottemperato agli obblighi previsti dalla CEDU.

Maggiori perplessità sussistono, invece, in relazione al rispetto da parte delle autorità turche del secondo profilo, quello inerente il contenuto materiale del-

[47] La comunicazione del CPT relativa alla visita in Turchia è consultabile sulla pagina internet del Comitato al sito *www.cpt.coe.int/documents/tur/2016-09-07-eng.htm*.

[48] Cfr. Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26 novembre 1987, ed entrata in vigore il 1° febbraio 1989.

[49] In generale sul divieto di tortura nella CEDU rinviamo a Addo, Grief, *Does Article 3 of the European Convention of Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *Eur. Journ. of Int. Law*, 1998, pp. 510-524; v. anche Pustorino, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, cit., pp. 63-88.

[50] Lo stesso dicasi quando ci si pone dal punto di vista del Patto sui diritti civili e politici: anche in tale strumento la disposizione in tema di diritto alla vita (l'art. 6) deve essere interpretata nel senso di impedire inderogabilmente ad ogni Stato contraente di reintrodurre la pena di morte una volta che essa sia stata abolita dal suo ordinamento. Anzi sotto un certo punto di vista il Patto prevede una protezione 'rafforzata' rispetto a quella della CEDU. In effetti, se in quest'ultima esiste la possibilità teorica che uno Stato decida di recedere dalla Convezione e dal sistema del Consiglio d'Europa, nel Patto tale possibilità non è prevista (v. *Human Rights Committee*, *General Comment No. 26: Continuity of Obligations*, dell'8 dicembre 1997, par. 3-5) e quindi nessun modo per sfuggire all'osservanza delle sue disposizioni è disponibile alle Parti contraenti (sul punto, v. Scheinin, *Turkey's Derogation from the ECHR – What to Expect?*, in *EJIL: Talk!*, 27 luglio 2016, disponibile su *www.ejiltalk.org*).

[51] Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Grecia c. Regno Unito*, rapporto del 26 settembre 1958, p. 169, par. 158.

[52] Cfr. *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 47, in cui la Corte ha sottolineato che il governo convenuto «brought this information to the Secretary-General's attention only twelve days after the entry into force of the measures derogating from their obligations under the Convention; and (…) the notification was therefore made without delay».

la notifica. Questo perché la Turchia, ispirandosi alla prassi inaugurata dalla Francia con la dichiarazione di deroga susseguente gli attentati di Parigi[53] ha utilizzato una forma della dichiarazione di deroga («measures taken may involve derogation from the obligations […]») estremamente generica e a carattere preventivo con cui le autorità di quel Paese informavano in modo preliminare che le misure adottate in seguito alla dichiarazione sullo stato di emergenza potevano determinare delle deroghe alla Convenzione[54]. È evidente che siffatto *modus procedendi* rischia di rendere in alcuni aspetti difficile la valutazione circa l'ambito della deroga effettuata. In effetti, nonostante il fatto che non esista l'obbligo di conformarsi ad un format predefinito per tali dichiarazioni, la giurisprudenza della Corte ha individuato alcuni elementi da considerare essenziali: *a*) la descrizione della situazione di fatto che legittima la deroga; *b*) l'indicazione delle misure adottate per farvi fronte; *c*) il confronto tra tali misure e le disposizioni della Convenzione con esse incompatibili. Ebbene, i primi due elementi sono sostanzialmente rispettati: la Turchia ha inviato numerose note informative volte a comunicare al Segretario generale del Consiglio d'Europa le circostanze che la hanno spinta a sospendere la Convenzione e i testi dei decreti contenenti le misure emergenziali che le autorità sono autorizzate ad adottare. Con riguardo al terzo punto, invece, e contrariamente a quanto fatto nella dichiarazione contenente la comunicazione circa la sospensione del Patto sui diritti civili e politici, la Turchia è rimasta silente circa quali diritti sanciti dalla CEDU sono suscettibili di sospensione.

Ebbene, se è certamente vero in proposito che la prassi degli organi di monitoraggio della Convenzione ha ritenuto non obbligatoria l'identificazione specifica delle norme cui si intende derogare[55], è anche vero che in un quadro generale caratterizzato, come evidenziato in questi pagine, dalle forti criticità sollevate dalle misure di deroga alla Convenzione, un'informazione più precisa sotto questo profilo da parte delle autorità turche avrebbe facilitato l'opera di controllo degli altri Stati membri e degli organi del Consiglio d'Europa.

6. Le conseguenze della deroga turca e delle relative misure di emergenza: alcune osservazioni

Quali le conseguenze che discendono dalle modalità con cui la Turchia ha reagito ai fatti del luglio 2016? A nostro avviso ve ne sono almeno di due ordini. La prima riguarda il giudizio sull'affidabilità dell'ordinamento giuridico turco dal punto di vista della sua idoneità a garantire e tutelare i diritti fondamentali; la seconda invece riguarda il significato assunto dalla clausola di deroga *ex* art. 15 CEDU in un'epoca in cui lo stato di emergenza diventa tendenzialmente permanente e il conseguenziale atteggiamento degli Stati in relazione alla garanzia dei diritti umani in situazioni eccezionali. Sotto il primo punto di vista, l'adozione da parte delle autorità turche di misure emergenziali caratterizzate da profili di dubbia legittimità circa la loro conformità alla CEDU e alle norme internazionali sui diritti umani come, ad esempio, l'adozione di provvedimenti legislativi al di fuori di qualsivoglia controllo da parte del Parlamento, il fatto che tali provvedimenti fossero, nella maggior parte dei casi finalizzati a destituire in modo permanente dalle cariche pubbliche (anche le più alte) funzionari pubblici, le deroghe alle regole sull'equo processo, i termini fissati per la durata della carcerazione preventiva, e i dubbi circa l'esistenza di strumenti interni di controllo di queste misure, hanno determinato un aggravamento generalizzato di un quadro già di per sé preoccupante circa il rispetto dei diritti della persona umana in Turchia. Una situazione di 'insicurezza' dal punto di vista della salvaguardia dei diritti umani che ha giocato un ruolo determinante nelle recenti decisioni con cui i tribunali interni di alcuni Paesi europei hanno escluso la sussistenza delle condizioni per concedere l'estradizione in Turchia di individui destinatari di mandati di cattura delle autorità turche proprio in ragione della situazione attuale dei diritti umani in questo Paese. In effetti, sia la Corte di cassazione italiana sia la Corte di appello dello Schleswig Holstein in Germania[56] nel decidere su due richieste di estradizione depositate dalle autorità turche hanno rifiutato di concedere l'estradizione evidenziando come la situazione dei diritti umani in quel paese si sia «ulteriormente aggravata dopo le vicende del tentato colpo di stato del 15 luglio 2016», in cui in seguito alla deroga «oggi risultano limitati drasticamente una serie di diritti difensivi dell'imputato nel processo penale, con forte incremento dei poteri di polizia» e che «esporrebbe [gli individui interessati] al rischio concreto di subire un processo penale con forti limitazioni dei diritti difensivi, in violazione del giusto processo […] nonché di essere sottopost[i] a trattamenti disumani e degradanti nelle carceri di

[53] Cfr. la *Declaration contained in a Note verbale from the Permanent Representation of France*, cit.

[54] In proposito si veda Zanghì, cit., p. 367.

[55] Cfr. *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia*, cit., p. 42, par. 80.

[56] Cfr. Cass., sezione sesta penale, *Imp. Resneli*, sentenza del 15 novembre 2016, depositata il 21 dicembre 2016; v. anche *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht*, 1 Ausl (A) 45/15 (41/15), sentenza del 22 settembre 2016 che evidenzia altresì l'inutilità di un eventuale richiesta di assicurazioni diplomatiche da parte dell'autorità richiedente, posto che, tenuto conto della situazione di fatto e di diritto allo stato sussistente in Turchia, non è presumibile che al singolo verranno o possano essere concessi maggiori diritti. (cfr. in proposito la nota di Gatti, *Turchia: il prevedibile sovraffollamento carcerario, a seguito del fallito colpo di stato, è motivo sufficiente per respingere una richiesta di estradizione*, in *Questione Giustizia – Osservatorio internazionale*, del 6 dicembre 2016, disponibile su *www.questionegiustizia.it/articolo/turchia_il-prevedibile-sovraffollamento-carcerario_06-12-2016.php*).

quel Paese, in violazione dei diritti fondamentali della persona»[57]

Per quanto attiene il secondo profilo, è stato convincentemente osservato come le clausole di deroga quale la disposizione di cui all'art. 15 CEDU sono state concepite per «forme di Stato in cui i processi sociali ed economici ed i rapporti politici risultano caratterizzati da equilibri stabili, per cui le situazioni di emergenza si presentano come residuali, limitate nel tempo, in definitiva veramente eccezionali» e che quindi «solo in questo quadro vale la distinzione tra situazioni di normalità e situazioni di emergenza giustificanti la deroga alla Convenzione»[58], dove la deroga, che costituisce un indebolimento del sistema di salvaguardia, va vista come una misura temporanea, un *extrema ratio* cui ricorrere solo quando gli ordinari strumenti a disposizione non possono aiutare nel fare fronte alla situazione di emergenza. Nel momento in cui, invece, l'emergenza «costituisce un elemento costante della vita del Paese, siamo di fronte a situazioni eccentriche rispetto alle previsioni dell'art. 15»[59] che si risolvono ora nella completa inutilizzazione delle stesse, ora in comunicazioni ambigue e generiche, come la deroga francese e quella turca, ora in un ricorso eccessivo alla clausola di deroga o addirittura in un uso abusivo della stessa in omaggio ad una emergente tendenza di chiusura da parte degli Stati membri verso la Convenzione e le garanzie da essa assicurate: a tale ultima categoria è da ascrivere, ad esempio, la dichiarazione congiunta resa il 4 ottobre 2016 dal Primo ministro e dal Segretario alla difesa del Regno Unito e che annuncia una 'presunzione di deroga' («presumption to derogate») alla Convenzione europea dei diritti umani in relazione ai futuri conflitti i cui militari del Regno Unito dovessero trovarsi coinvolti, al fine di proteggerli dai continui ricorsi su presunte violazioni compiute nell'ambito delle loro attività[60]. Ça *va sans dire*, nulla è più lontano dalla nozione di 'eccezionalità' e da quella di 'emergenza' proprie dell'art. 15.

7. Conclusioni

Gli ultimi due anni hanno fatto registrare un aumento dei casi di ricorso allo strumento della deroga *ex* art. 15 alla Convenzione europea dei diritti umani. La deroga inoltrata dalla Turchia il 21 luglio 2016 è l'ultima di una serie recente che comprende anche quelle depositate, seppur in base motivazioni diverse, dall'Ucraina e dalla Francia: in tutti e tre i casi i regimi emergenziali sono in ancora in vigore. La deroga turca, tuttavia, si presenta come maggiormente preoccupante per diversi motivi: essa si inserisce in un quadro generale già caratterizzato da diffuse violazioni dei diritti fondamentali; tale contesto è reso, tuttavia, ancor più grave dal conflitto con la minoranza curda riesploso nel paese e dagli attentati terroristici che continuano a colpire la popolazione turca. A chi scrive pare indubbio che le autorità turche si siano trovate ad affrontare una pericolosa cospirazione armata e abbiano avuto fondati motivi per dichiarare lo stato di emergenza e conferire poteri straordinari al Governo[61]. Allo stesso tempo, tuttavia, non può non condividersi l'opinione di quanti ritengono che le misure adottate dal Governo siano «andate oltre quanto consentito dalla Costituzione turca e dal diritto internazionale»[62] e soprattutto che parte di esse non paiono conformi alla CEDU: esse hanno anzi cagionato un generale aggravamento del quadro, già di per sé allarmante, per il rispetto dei umani in quel Paese. In sostanza, il tentativo di colpo di stato pare aver offerto al governo l'opportunità di inasprire le misure repressive contro gli oppositori sgraditi, mettendo così a repentaglio il pieno rispetto dei principi democratici e dello stato di diritto. È auspicabile quindi che non appena possibile gli organismi dell'ONU e quelli esistenti nel sistema regionale europeo possano pronunciarsi circa la legittimità dell'operato delle autorità turche.

[57] Così la Corte di cassazione, cit. p. 13, 14.

[58] Cfr. Cataldi, *La deroga francese alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un precedente da non seguire*, cit., p. 333.

[59] Cfr. Cataldi, *ibidem*.

[60] La dichiarazione, che evidenzia il «rischio» (*sic.*!) derivante all'efficacia operativa delle forze armate del Regno Unito dall'estensione dell'ambito di applicazione della Convenzione europea attraverso il concetto di giurisdizione extraterritoriale, è consultabile al sito *www.gov.uk/government/news/government-to-protect-armed-forces-from-persistent-legal-claims-in-future-overseas-operations*.

[61] Tali motivi sono descritti nei due *statement* allegati dalla Turchia alle due notifiche di deroga depositate al Consiglio d'Europa e alle Nazioni Unite.

[62] Cfr. Commissione di Venezia, cit., par. 225, 226.

Michela Monaco
Cultore di legislazione europea dei beni culturali, Università degli studi Suor Orsola Benincasa

In "viaggio" verso la Cittadinanza europea, nel solco tracciato dalla Corte di giustizia e nelle sue varie declinazioni

abstract

This paper analyses the most important provisions of the Member States and mainly of the Court of Justice in the field of European citizenship, considering leading case in order to engage a representative and participative democracy, through rights and obligations of European citizens.

keywords

European law – European citizenship – Representative democracy.

abstract

Il presente articolo analizza i più importanti provvedimenti adottati dagli Stati membri e soprattutto dalla Corte di giustizia in ambito di "cittadinanza europea", prendendo in esame i vari leading case, al fine di raggiungere una democrazia rappresentativa e partecipativa, attraverso diritti e doveri dei cittadini europei stessi.

parole chiave

Diritto dell'Unione europea – Cittadinanza europea – Democrazia rappresentativa.

sommario

Premessa. – **1.** I profili giuridici della cittadinanza europea. – **2.** Acquisto e perdita della cittadinanza: *leading case* della giurisprudenza della Corte. – **3.** I diritti del cittadino europeo. – **4.** I doveri del cittadino europeo. – **5.** Considerazioni conclusive.

Premessa

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione riafferma i diritti, derivanti dalla cittadinanza dell'Unione europea, come elaborati dal trattato di Maastricht, ribadendo che la cittadinanza UE rappresenta la leva principale, per la formazione dell'identità europea.

Il testo vigente rinsalda il concetto che la cittadinanza dell'Unione si differenzia, da quella degli Stati membri alla quale si aggiunge, integrandola ed arricchendola, con ulteriori facoltà attribuite ai "cittadini dell'Unione".

Merita particolare attenzione, la scelta del legislatore europeo, di collocare la cittadinanza europea nella medesima parte del trattato sul funzionamento dell'Unione, disciplinante il divieto di discriminazione, in base alla nazionalità (art. 18 TFUE).

In tale modo, l'Unione conferisce al diritto di non discriminazione in base alla nazionalità, la veste di principio cardine dell'intero corpus normativo europeo, ma anche di linea guida dei diritti di cittadinanza.

Segnatamente, la disciplina di riferimento di quest'ultima, è contenuta negli artt. 20 TFUE e 9 TUE, che aprono sezioni sugli aspetti essenziali e contenutistici della cittadinanza europea.

Si tratta, rispettivamente, delle disposizioni degli artt. 20-25 TFUE e 9-12 TUE. Nondimeno, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione dedica alla cittadinanza l'intero Titolo V (artt. 39-46) che riprende, in buona sostanza, quanto sancito dal trattato e prevede, altresì, il diritto alla buona amministrazione (art. 41 Carta).

Per questo motivo, può rivelarsi utile ripercorrere, seppur brevemente, le progressive dinamiche che hanno segnato nel corso del tempo l'istituto in parola, sin dal principio di non discriminazione a motivo della nazionalità[1] della CEE, che ridimensionò il concetto di straniero, rispetto ai cittadini, facenti parte della comunità economica europea.

In seguito, con l'istituzione dell'Atto Unico europeo del 1986, si avviò una coscienza diretta al libero mercato delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone, con l'intento di promuovere un'identità socio-politica europea, che potesse superare la visione dei trattati, secondo cui i cittadini degli Stati membri beneficiavano delle sopra menzionate quattro libertà fondamentali, nel contesto del mercato comune dell'epoca.

In particolare, per quanto concerne la libera circolazioni di individui, si estese il diritto di circolare e soggiornare, a svariate categorie di soggetti, quali ad esempio i turisti, giungendo a stabilire che la suddetta libertà riguardasse un numero copioso di cittadini-lavoratori e le loro famiglie, nei loro flussi migratori, ai

[1] Cfr. in proposito N.W. Barber, *Citizenship, Nationalism and European Union*; in ELR, 2002, p. 241, ss.; I. Bulvinate, *Union Citizenship and its Role in the Free Movement of Persons Regimes*, in *Web* JCLI, 2003, p. 2, L.S. Rossi, *I cittadini* in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I Torino, 2006 II ed., p. 103, K. Rostek, D. Gareth, *The impact of Union Citiziensship on National Citiziensship Policies*, in EloP, 4 luglio 2006, p. 6.

fini del godimento e/o dell'esercizio dell'attività lavorativa stessa[2].

Successivamente, in seguito al trattato di Maastricht (art. 17 ss. TCE) del 1992, che istituì formalmente l'Unione Europea, furono emanate tre direttive[3], con lo scopo di disciplinare il diritto di circolazione e di soggiorno nel territorio dell'UE, estendendolo da un punto di vista temporale e soggettivo e permettendo di usufruire del godimento dello stesso, oltre i termini stabilisti, solo ed esclusivamente, a condizione che il soggetto si avvalesse di un'assicurazione sanitaria e disponesse altresì di un reddito sufficiente[4].

Tali disposizioni normative indirizzarono la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini, e dunque dei loro Stati membri, mediante l'istituzione della cittadinanza dell'Unione Europea, in termini giuridici e formali.

Pertanto, con il trattato di Maastricht emerse un sistema di integrazione, che si incentrò sulla persona, in quanto "cittadino/a", con il suo corredo di pretese[5], intervenendo su una situazione che vedeva come protagonista lo straniero, in possesso di uno status giuridico, su scala europea, individuata quale spazio comune del libero movimento.

Tanto premesso, si conviene quanto segue: con l'espressione "cittadinanza europea" si riconosce quell'idea di accomunare in un unico concetto, l'insieme di diritti e doveri, condivisi tra gli ordinamenti nazionali e poi accettati dai cittadini dei diversi Stati membri, con l'obiettivo di ampliare il senso di appartenenza all'Unione.

1. I profili giuridici della cittadinanza europea

In questo contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia è di fondamentale rilevanza, sin dall'attribuzione del trattamento nazionale, (l'equiparazione fra i nazionali e gli stranieri, individuati quali beneficiari), al primato del diritto dell'Unione, sancito dal Trattato, e all'effetto diretto del diritto dell'Unione, negli ordinamenti giuridici interni.

Tali principi costituiscono le fondamenta per una progressiva costruzione dell'idea di "cittadinanza europea", quale espressione di una "comunità di diritto".

La volontà degli Stati membri di creare "un'Unione sempre più stretta", trova conferma da quanto stabilito dal trattato di Lisbona, istituito nel 2009: la cittadinanza europea, come quella nazionale, designa un rapporto tra il cittadino e l'Unione, caratterizzato tanto da diritti, quanto da doveri; condizione imprescindibile, per la partecipazione dei singoli, alla vita politica e al processo democratico, volto a suscitare in loro, quel sentimento di appartenenza all'Unione, che tanto si è mirato a sviluppare.

Ne segue che, la cittadinanza europea non sia più complementare a quella nazionale, ma aggiuntiva, e con una precisa collocazione nel contesto del diritto dell'Unione Europea, laddove, come fortemente auspicato dalla Corte di giustizia, il cittadino europeo non può prescindere dal possesso della cittadinanza di uno Stato dell'Unione[6].

Come osservato dall'Avvocato generale Maduro, nel caso Rottman[7], la cittadinanza «è […] una nozione giuridica e politica autonoma rispetto a quella di cittadinanza nazionale […], costituisce inoltre qualcosa in più di un insieme di diritti che, di per sé, potrebbero essere concessi anche a coloro che non la possiedono. Essa presuppone l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i cittadini europei […] il nesso in questione non presuppone l'esistenza di un unico popolo, ma di uno spazio politico europeo, dal quale scaturiscono diritti e doveri».

Pertanto, pur facendo della cittadinanza nazionale una condizione per essere cittadino europeo, (art. 9 TUE e art.20 TFUE) gli Stati membri sottolineano che la forma di cittadinanza sovranazionale non rimette in discussione l'appartenenza alle comunità nazionali.

[2] Cfr. Vertice di Parigi del 1974 e Rapporto Tindermans presentato al Consiglio europeo del 29 dicembre 1975 (in *Boll. CE*, suppl. 1/76) e i successivi progetti della Commissione e del PE.

[3] Le tre direttive sono, oggi, tutte confluite nella direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei membri delle loro famiglie di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri (v. *infra*), che modifica il reg. (CEE) n. 1612/68 e abroga le dir. 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 (GUUE L 158, 30 aprile 2004, p. 77). Cfr. *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 5 aprile 2006, sull'applicazione delle direttive 90/364, 90/365 e 93/96* [COM (2006) 156 def.]

[4] Si fa riferimento a tre atti del Consiglio: *i*) direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno (GUCE L 180, 13 luglio 1990, p. 28); *ii*) direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che avessero cessato la propria attività professionale (GUCE L 180, 13 luglio 1990, p. 28); *iii*) direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti (GUCE L 317, 18 dicembre 1993, p. 59).

[5] È significativo come ciò comprenda il risarcimento dei danni causati agli individui dalle Istituzioni comunitarie nell'esercizio delle loro funzioni, da un lato, da un altro, ma analogo risarcimento per le inadempienze dello Stato membro a fronte dei propri obblighi comunitari (v. sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, causa C-90, *Francovich e altri c. Repubblica italiana,* I-537).

[6] J. Shaw, *The Transformation of Citizenship in the European Union: Electoral Rightsand the Restructuring of Political Space*, Cambridge, 2007.

[7] Conclusioni dell'Avv. gen. Maduro presentate il 30 settembre 2009, causa C-135/08, *Rottmann*, p.to 23.
Cfr. Corte giust. (Grande Sezione) 2 marzo 2010, causa C-135/08, Rottmann, *ECLI,* I-1449. In dottrina, tra i tanti: M. E. Bartoloni, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp. 423-429; T. Burri - B. Pirker, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt «Rottmann c. Freistaat Bayern»*, in *Revue du droit de l'Union européen*, 2010, n. 3, pp. 651-654.

Dunque tale concetto di "doppia cittadinanza" non pregiudica il godimento dei diritti dei cittadini, appartenenti al singolo Stato membro, nondimeno, il godimento dei diritti in cui si espleta la cittadinanza dell'Unione.

Secondo quanto riportato dall'art. 20, par. 2, TFUE i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono altresì soggetti ai doveri previssi nei trattati, sebbene di fatto, quest'ultimi disciplinino i diritti, non contemplandone i doveri, che tuttavia, come si dirà successivamente, servono a contribuire ad un funzionamento migliore del sistema democratico dell'UE.

Per completare il quadro del concetto designante la cittadinanza europea, è bene evidenziare che, sebbene il presupposto di possedere una cittadinanza di uno Stato membro, sia indispensabile, ai fini di acquisire la cittadinanza europea, ciò non implica l'esistenza, per definizione, di "un popolo europeo" o di "una nazionalità europea".

2. Acquisto e perdita della cittadinanza: *leading case* della giurisprudenza della Corte

La Dichiarazione sulla cittadinanza di uno Stato membro, allegata al trattato di Maastricht, sancisce come il possesso della cittadinanza di uno Stato membro vada accertato, secondo i criteri per l'acquisto e la perdita della cittadinanza interna, nella competenza esclusiva degli Stati coinvolti, che sono tenuti ad esercitare quest'ultima, nel rispetto degli obblighi internazionali ed europei.

In altri termini, come il sistema trova il suo fondamento nel trattato e quindi nella sovranità degli Stati, così coerentemente, la cittadinanza europea fonda la sua base giuridica sulla nozione di cittadinanza nazionale.

Segue che, la cittadinanza dell'Unione si acquista o si perde (è dunque derivante da quella nazionale) in base alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro[8].

D'altro canto il cittadino europeo, una volta ottenuto il titolo per esercitare all'interno degli altri Paesi membri, quei medesimi diritti, che in precedenza erano riservati ai nazionali, diviene anch'egli, cittadino di ciascuno degli stessi, sotto molteplici potenziali o effettivi punti di vista.

È auspicabile quindi giungere ad un'armonizzazione dei criteri di attribuzione delle cittadinanze nazionali[9].

Seppure con tutti i limiti e le contraddizioni, è utile sottolineare che, l'affiancarsi della cittadinanza europea a quelle nazionali, attesta l'inadeguatezza di queste ultime, negli scenari politico-istituzionali contemporanei.

La Corte di giustizia ha introdotto, nei confini della sua giurisprudenza, elementi chiarificatori per quanto concerne il rapporto di dipendenza tra cittadinanza europea e nazionale, con l'unico obiettivo di dotare la cittadinanza europea di autonomia propria.

La Corte, ai fini dell'attribuzione della cittadinanza europea, applica il criterio di effettività, generalmente richiesto dal diritto internazionale[10], sebbene alcuni casi sembrano non voler appositamente voler tener conto di questo legame effettivo della persona con la comunità alla quale si chiede di appartenere, proprio in virtù del fatto che particolari contenuti delle legislature nazionali possano impedire o limitare l'acquisizione della cittadinanza UE.

Si riporta il caso Micheletti[11]: cittadino argentino residente in Argentina che tuttavia, aveva richiesto di stabilirsi in Spagna, avvalendosi del possesso di una sua seconda cittadinanza, quella italiana.

In verità, poiché la relativa legge spagnola, consentiva il riconoscimento di una sola cittadinanza, limitandola a quella del Paese di ultima residenza, si impediva al sig. Micheletti l'acquisizione dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea, essendone caduto il fondamento giuridico di cui avvalersi.

Tuttavia, la Corte di giustizia stabilì come non spettasse ad uno Stato membro, limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro[12] e costrinse l'ordinamento giuridico spagnolo ad adeguarsi seguendo la ratio comunitaria.

Appare significativo pertanto, osservare il comportamento della Corte, per due ragioni specifiche: i)si è servita della cittadinanza europea, per costringere lo Stato spagnolo, a limitare il proprio potere legislativo, in materia di cittadinanza; ii) ha ritenuto non rilevante il criterio di effettività, dal momento che il sig. Micheletti non avesse mai evidenziato alcun legame con lo Stato italiano e non essendovi mai nemmeno stato residente.

Si evince che per la Corte risultava fondamentale non "penalizzare" il concetto di cittadinanza europea, che comunque poteva essere attribuito al soggetto, grazie all'acquisita cittadinanza di uno degli Stati membri, quale l'Italia.

Il caso Zhu e Chen[13] ha avuto origine dalla poli-

[8] Nei trattati non è prevista una base giuridica per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali sulla cittadinanza, benché il PE auspichi un maggiore coordinamento (Risoluzione del 2 aprile 2009, *Problemi e prospettive della cittadinanza europea*, in GUUE C 137 E, 27 maggio 2005, p. 21 ss.).

[9] L'esigenza di provvedere a qualche forma di armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali è espressa da S.O' Leary, *Nationality law and Community Citizenship: a tale of Two Uneasy Bedfellows,* in YEL, 1992, p. 353 ss.; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *op. cit.*, p. 15.

[10] Cfr. A. Panzera, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, Napoli, 1984, p. 64 ss.

[11] Corte giust. 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, ECLI:EU:C:1992:295.

[12] Si verificherebbe laddove si pretendesse a tal fine, un requisito ulteriore per l'esercizio delle quattro libertà fondamentali previste dal trattato.

[13] La Corte di giustizia ha adottato la sentenza *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home*

tica della limitazione delle nascite in Cina, che aveva indotto i coniugi Chen a far nascere all'estero, nello specifico Belfast, (Irlanda), il secondo figlio[14].

La scelta di questo Paese risiedeva nel fatto che il diritto irlandese consentiva, a tutti i nati sull'isola, di acquisire la relativa cittadinanza.

Alla nascita della bambina, la cui cittadinanza era quindi irlandese, la sig.ra Chen si stabilì con la medesima a Cardiff, nella Regione del Galles, presentando una duplice richiesta di permesso e di soggiorno di lunga durata, che tuttavia non venne accolta, nonostante fosse dimostrato che la madre e la bambina erano economicamente autosufficienti e che erano garantite da un'assicurazione sanitaria.

La Corte di giustizia, investita della impugnabilità del diniego, ha anzitutto precisato, al Regno Unito, che non poteva respingere la domanda di un permesso di soggiorno di un minore, poiché l'idoneità ad essere titolare dei diritti garantiti dal Trattato e dal diritto derivato, in materia di libera circolazione delle persone, non presuppone che l'interessato abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare.

Per quanto riguarda il diritto di soggiorno della bambina, la Corte ha rammentato altresì, l'effetto diretto connesso all'art. 18 TCE, con la conseguenza che, per effetto del solo *status* di cittadino di uno Stato membro e quindi di cittadino dell'Unione, può essere invocato il diritto di soggiorno sancito da tale disposizione.

Pertanto negare ad un cittadino di un paese terzo la possibilità di soggiornare nel territorio dell'Unione, priverebbe di qualsiasi effetto utile, il diritto di soggiorno del minore, che necessita della presenza dei genitori[15] per poter godere di fatto del diritto di soggiorno.

Si comprende, dunque, che la sig.ra Chen si fosse recata in Irlanda al mero scopo di far acquisire alla figlia la cittadinanza di uno Stato membro, per ottenere successivamente il diritto di soggiorno a favore della bambina e di se stessa, nel Regno Unito.

La Corte ha ricordato che la determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza rientra nella competenza di ciascuno Stato membro.

Uno Stato membro non può, in tal senso, limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore, per il riconoscimento di tale cittadinanza, al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato.

È pertanto evidente che la Corte di giustizia, nel rispetto della sovranità statale, quanto alla determinazione dei contenuti legislativi, ha ritenuto inconsistente il collegamento dei signori Chen con il territorio comunitario, incentrando il caso, sulla questione della loro, seppur temporanea, residenza nello stesso.

Diverso da analizzare è invece il caso Rottman[16], il quale, ponendo in analisi la perdita della cittadinanza nazionale, conseguentemente o in concomitanza alla perdita della cittadinanza europea, determina che non si può revocare automaticamente la cittadinanza ad un soggetto, in seguito a dichiarazioni fraudolente, in caso di acquisizione di un'altra, per naturalizzazione; poiché, secondo la giurisprudenza della Corte, tale condizione, rappresenta un significativo fattore di contrasto tra la legislazione nazionale ed il diritto dell'Unione.

Ad ogni modo, anche quando le condizioni previste dalla normativa interna, per la perdita della propria cittadinanza, sono compatibili con il diritto europeo, la loro attuazione deve verificarsi senza pregiudizio ai fini del conseguimento della cittadinanza europea.

Gli studiosi che hanno rilevato delle anomalie fra il diritto dell'Unione e la legislazione nazionale, asseriscono che tali contrasti, determinano la perdita della cittadinanza, per svariati motivi razziali, oppure in violazione dei diritti fondamentali[17] o ancora per inadempienza del principio di parità tra uomo e donna.

Per quanto concerne il caso Zambrano[18], seguendo l'ordine temporale in cui si sono verificati i fatti e prese in esame le sentenze, la Corte di giustizia, rispettando anche i criteri adottati nel conforme caso Zhu e Chen, ha stimato il valore della cittadinanza dell'Unione, quale strumento di protezione dei innumerevoli diritti

Department, C-200/02 del 19.10.2004 relativa alla circolazione delle persone.

[14] Programma dell'Aia sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: Il Consiglio Giustizia affari interni ha tenuto un dibattito sul Progetto di programma pluriennale: "Programma dell'Aia": rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea" che verrà definitivamente discusso e approvato dal Consiglio europeo del 4-5 novembre. Tra i punti essenziali del programma si segnala la decisione di applicare la votazione a maggioranza qualificata e la procedura di codecisione in tutte le proposte in materia di asilo, immigrazione e frontiere (si v. art. 67, par. 2 TCE) sul quale punto pare però che il Consiglio non abbia trovato l'accordo. La Commissione europea presenterà nella sua Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento europeo del 28 giugno 2005 sulla Attuazione del programma dell'Aia un programma di azione più dettagliato di attuazione del programma pluriennale: prospettive per il futuro (COM(2006) 331def.), fa il punto dello stato di attuazione della cittadinanza europea proponendo anche interessanti iniziative quali in particolare l'approfondimento della cooperazione consolare tra gli Stati membri, comprendente l'istituzione di punti di assistenza consolare reciproca in regioni predeterminate; nonché l'ipotesi di creare attività da "euroconsolati", con la condivisione di funzioni consolari comuni anche a vantaggio dei cittadini UE, e di istituire un codice consolare europeo.

[15] Alcuni Stati (Germania e Regno Unito) hanno definito in via unilaterale quali sono le persone che, ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione, sono da considerarsi propri cittadini, come raccomandato dalla Dichiarazione sulla cittadinanza di uno Stato membro.

[16] Corte giust. (grande sezione) 2 marzo 2010, causa C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

[17] S. Hall, *Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 1996, p. 129 ss.

[18] Corte di Giustizia (grande sezione), 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124.

fondamentali, di cui il diritto per nascita dei minori, cittadini dell'Unione, a non essere né allontanati dai genitori sprovvisti di cittadinanza, né tanto meno obbligati ad allontanarsi dal territorio dell'Unione.

3. I diritti del cittadino europeo

Nel corso del tempo, l'attenzione da parte dell'Unione europea, volta all'individuazione dei diritti in materia di cittadinanza europea, è stata sempre maggiore, infatti, è grazie al trattato sul funzionamento dell'Unione che si riaffermano i diritti derivanti dalla cittadinanza UE, così come sanciti dal trattato di Maastricht, ribadendo che la suddetta cittadinanza, fornisce la svolta principale, affinché si formi un'identità europea.

In questa sede si rende noto dunque che la cittadinanza dell'Unione, si distingue da quella degli Stati membri, per poi essere integrata grazie alle facoltà attribuiti ai cittadini dell'UE.

Rilevanti in materia di cittadinanza europea sono le fonti di riferimento, cioè a dire, il trattato sul funzionamento dell'Unione, tramite gli artt. 20-25 TFUE, e quello sull'Unione europea, con gli artt. 9-12 TUE.

Il primo gruppo di norme, delinea gli aspetti essenziali e contenutistici della cittadinanza europea[19], in tal modo, l'Unione accorda alla parte del trattato, che disciplina il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, il principio su cui ruota l'intera legislazione europea, che rappresenta altresì il leitmotiv dei diritti di cittadinanza.

Il secondo gruppo invece, i cui articoli sopra citati, appartengono al trattato sull'UE, promulga i principi generali, che regolano il funzionamento dell'Unione in chiave democratica.

Ai sensi dell'art. 20, par. 2, TFUE, al cittadino dell'Unione spetta il diritto alla libera circolazione e il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri, il diritto alla tutela diplomatica e consolare, ovvero alla possibilità di beneficiare della protezione diplomatica o consolare delle autorità di un altro Stato membro, nel territorio di un paese terzo, qualora lo Stato di origine non vi sia rappresentato, nelle medesime condizioni, previste per i cittadini dello Stato membro in questione. Relativamente, invece, ai diritti socio-politici, il funzionamento del sistema democratico UE viene delineato, in linee essenziali, dall'istituto de quo, lasciando le disposizioni settoriali, per definirlo e delinearlo ulteriormente, alla competenza giurisprudenziale della Corte di giustizia.

Si fa riferimento a quanto segue: i) diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo (art. 20, par. 2, TFUE); ii) diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza alle stesse condizioni previste per i cittadini di quello Stato[20] (art. 20, par. 2, TFUE); iii) diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo (art. 24, par. 2, TFUE); iv) al diritto di ricorrere al Mediatore nominato dal Parlamento europeo per denunciare casi di cattiva amministrazione nelle attività delle istituzioni o degli organi dell'Unione (art.24, par. 3, TFUE), secondo le procedure disciplinate rispettivamente dagli artt. 227 e 228 TFUE; v) diritto di scrivere alle istituzioni o agli organi dell'Unione in una delle lingue degli Stati membri e di ricevere risposta nella stessa lingua (art. 24, par. 4, TFUE); vi) diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione a determinate condizioni (art. 15, par. 3, TFUE); vii) diritto di iniziativa dei cittadini (art. 24 TFUE).

In egual modo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (di seguito: Carta) destina alla cittadinanza UE il Titolo V che annovera gli artt.39-46. La Carta ripropone quanto disposto dai trattati, in particolare, dall'art. 20, par. 2, TFUE circa i diritti democratici di ciascun cittadino UE: diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo (art. 39 Carta) e alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza alle stesse condizioni previste per i cittadini di quello Stato (art. 40 Carta); diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo (art. 44 Carta); diritto di ricorrere al Mediatore europeo (art. 43 Carta); diritto di accesso ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione a determinate condizioni (art. 42 Carta).

Conformemente, la Carta riproduce l'art. 20, par. 2, TFUE riguardo ai diritti denominati classici di cittadinanza UE, cioè a dire il diritto alla libera circolazione, il diritto di soggiorno nel territorio degli Stati membri (art. 45 Carta) così come la tutela diplomatica e consolare (art. 46 Carta).

Infine, la Carta estende alla cittadinanza UE, quale unica e significativa innovazione, il diritto alla buona amministrazione spettante ad «ogni persona» (art. 41 Carta), che, in quanto tale, completa e chiude le garanzie democratiche previste dal trattato.

Va comunque precisato che alcuni diritti di cittadinanza possono essere esercitati nei confronti delle istituzioni dell'Unione[21], altri invece sono invocabili nei confronti degli Stati membri[22].

[19] A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione* cit. Cfr. anche B. Nascimbene, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales. Vers de nouveau statuts de résidents?*, Boston, 2014.

[20] V. dir. 94/80/CE del Consiglio, del 19 dicembre 1994, che stabilisce le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza (GUCE L 368, p. 38 ss.); dir. 93/109/CE del Consiglio, del 6 dicembre 1993, relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del PE per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini (GUCE L 329, p. 34), come modificata da dir. 2013/1/UE del Consiglio, del 20 dicembre 2012 (GUUE L 26, pp. 27–29).

[21] Il diritto di rivolgersi al Mediatore, il diritto di petizione, il diritto di rivolgersi alle istituzioni in una delle lingue ufficiali.

[22] Può trattarsi dello Stato di residenza (diritto di circolazione

I diritti di cittadinanza, del resto, non hanno carattere esclusivo, potendo lo Stato decidere di estenderne il godimento anche ai cittadini di paesi terzi che siano, ad esempio, familiari dei cittadini, come osservato nei differenti *leading case* presi ad esame, in questa sede.

È altresì importante ricordare che i diritti di cittadinanza UE possono essere integrati dal Consiglio, deliberando con il sistema di votazione all'unanimità, e previa approvazione del Parlamento europeo.

4. I doveri del cittadino europeo

I cittadini dell'Unione godono, come previsto nei trattati, tanto di diritti che di diritti, come recitato dall'art. 20, par.2, TFUE: «[i] cittadini dell'Unione […] sono soggetti ai doveri previsti nei trattati», seppur di fatto la contemplazione di quest'ultimi non sia stata disciplinata in egual misura.

Tuttavia appare scontato che sviluppare una coscienza politica e sociale che prenda in considerazione i doveri tanto quanto i diritti, seguendo lo schema tradizionale tipico del nostro ordinamento, aiuterebbe a sviluppare una maggiore responsabilizzazione da parte del singolo, che contribuirebbe, senz'altro, al miglioramento del sistema democratico dell'UE.

Ricordando che, in ogni caso, risulta oggettivamente incolmabile, lo spazio di disparità tra singoli e istituzioni, in relazione alla diversità di origine e natura, di entrambe le parti.

Tra i motivi principali di disattesa attuazione dei doveri da parte del cittadino, rientra la sostanziale lacuna lasciata dal trattato, peraltro non colmabile tramite atti derivati. Tantomeno il ricorso alla Carta, che menziona i diritti dei cittadini dell'UE e i corrispondenti obblighi gravanti sulle istituzioni dell'Unione, omettendo ciò che concerne i "doveri" legati alla cittadinanza della stessa.

Tuttavia, è possibile interpretare, dai trattati vigenti, alcuni doveri rivolti ai cittadini dell'UE.

Fra quelli di maggiore peso, si annoverano il rispetto del diritto dell'Unione (sebbene l'espressione sia onnicomprensiva e apparentemente generica e/o priva di riferimenti oggettivi, potendo includere tutto come parte del diritto dell'Unione) e dei valori su cui la stessa si fonda.

Appare facilmente evincibile e primo fra tutti il dovere di partecipazione dei cittadini UE, vale a dire la partecipazione attiva alla vita democratica europea, in cui, quindi, spetterebbe ad ogni cittadino, appartenente all'Unione, la propensione all'interessamento dei processi decisionali dell'Unione stessa, semplicemente perché, tali scelte, incidono in maniera concreta nella propria vita quotidiana, lavorativa e sociale.

Sotto tale profilo, si conviene che grazie alle spinte provenienti dal basso, cioè tramite le esperienze dirette dei cittadini coinvolti e la giurisprudenza della Corte, che sostanzialmente, tende a tutelare gli stessi dalle anomalie e/o inottemperanze degli Stati membri, prenderebbe vita un dialogo costruttivo, tra istituzioni e singoli, che innalzerebbe il livello di democraticità e integrazione europea.

La chiave di volta dunque risulta essere il legame inscindibile tra diritti e doveri, nonché la notevole influenza di entrambi sull'intero sistema decisionale dell'Unione.

Le svariate richieste dal basso prese in esame, andrebbero pertanto recepite e trasformate, in *norme ad hoc*, secondo il tradizionale schema "diritti/doveri" del cittadino, in questo scenario, europeo.

I diritti di cittadinanza prima menzionati, verrebbero così congiunti anche in forma di doveri, aprendo il dibattito sul dovere di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo; sul dovere di petizione al Parlamento medesimo, letto nel senso di onere di portare all'attenzione dell'Unione esigenze di vita concreta; sul dovere di ricorrere al Mediatore europeo per denunciare casi di cattiva amministrazione nelle attività delle istituzioni o degli organi dell'Unione; sul dovere di aderire ad iniziative legislative dei cittadini o quantomeno di seguirle e monitorarle per intervenire laddove effettivamente interessati.

Si otterrebbe un importante ed immediato passo in avanti, ad esempio, se aumentasse la percentuale dei votanti alle elezioni del Parlamento europeo o qualora i cittadini dell'Unione sollecitassero la Commissione ad attivare il dialogo sociale prima e durante i processi decisionali, in ragion del fatto che l'informazione e la comunicazione migliora la consapevolezza nei cittadini dell'Unione sia in fatto di diritti, che di conseguenziali doveri.

Tuttavia, ad oggi, l'Unione ha preferito muoversi seguendo la linea classica dei diritti, avvalendosi dei programmi di realizzazione dei diritti fondamentali in aggiunta a quelli di cittadinanza.

la Commissione ha pertanto instaurato un dialogo aperto, trasparente e regolare con la società civile[23], ma rilevando l'importanza del ruolo che la società civile riveste, solo ed esclusivamente, nella protezione e nella promozione dei diritti fondamentali.

Il programma persegue diversi obiettivi generali, tutti finalizzati allo sviluppo e all'attuazione delle politiche dell'Unione, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali[24].

e soggiorno, diritti elettorali), dello Stato di origine (diritto di partecipare alle elezioni al PE, diritto di circolazione e soggiorno, sebbene a certe condizioni), oppure ancora di qualunque Stato membro (diritto di ricevere tutela dalle rappresentanze diplomatiche e consolari).

[23] Cfr. *Comunicazione del 15 ottobre 2003 al Consiglio e al Parlamento europeo in merito all'articolo 7 del trattato sull'Unione europea*.

[24] Tra questi si ricorda: *i*) la promozione dello sviluppo di una società europea fondata sul rispetto dei diritti fondamentali quali riconosciuti nell'art. 6, par. 2, TUE, compresi i diritti derivati

5. Considerazioni conclusive

Al principio del processo di integrazione europea, soltanto i lavoratori beneficiavano del diritto di libera circolazione. Oggi, al contrario, la cittadinanza dell'Unione attribuisce a ciascun cittadino dell'UE, (inclusi coloro i quali hanno aderito recentemente all'Unione), il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal trattato e le disposizioni adottate, in applicazione dello stesso, come descritto nei paragrafi di cui sopra.

Non a caso, quindi, il trattato racchiude il nucleo essenziale dei diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione sulla libertà di circolazione e di soggiorno negli Stati membri, è così infatti che intorno all'effettivo esercizio della suddetta libertà circolano gli altri diritti, riconosciuti ai cittadini europei.

Ne deriva un sistema di tutela, volto a migliorare l'integrazione sociale, nel territorio UE, proveniente dal basso, cioè a dire, dal tessuto sociale[25].

La discrezionalità dello Stato di determinare le condizioni di acquisto della cittadinanza presenta, come regola accessoria, l'obbligo per quest'ultimo, di riconoscere la cittadinanza attribuita, in base al diritto dello Stato di origine[26].

Così, il paese ospite non può sostituire le proprie scelte a quelle del paese di provenienza, né tantomeno, subordinare il riconoscimento della cittadinanza alla presenza di condizioni diverse, rispetto a quelle previste dallo Stato di origine.

Ne segue che una norma nazionale contrasta con il diritto dell'Unione se questa impone, in caso di doppia cittadinanza, la prevalenza della cittadinanza effettiva, escludendo quella di uno Stato membro[27].

Inoltre, qualora una persona sia cittadina, tanto dello Stato di residenza, quanto di un altro Stato membro, si pone il problema di stabilire se possa invocare la cittadinanza dell'Unione nei confronti del primo Stato.

La risposta della giurisprudenza varia a seconda della fattispecie concreta: in taluni casi, si riconosce la possibilità di invocare la cittadinanza dell'Unione, per individuare il diritto, in forza del quale, il nome degli interessati deve essere formato[28]; in altri, si nega che la persona, che ha sempre vissuto nello Stato di cui è cittadina, senza aver mai fatto valere l'altra cittadinanza, possa invocare le norme europee sul diritto di soggiorno per ottenere, ad esempio, il ricongiungimento con il coniuge, cittadino di un paese terzo[29].

Nondimeno la flessibilità del giudice dell'UE potrebbe trovare un limite, nell'ipotesi in cui, la cittadinanza sia attribuita o revocata dallo Stato, in violazione del diritto dell'Unione, e da tale nuova condizione, discenda un pregiudizio alla persona, in quanto non potrebbe godere di un vantaggio, che avrebbe conseguito, se avesse conservato la cittadinanza precedentemente posseduta e persa senza colpa.

È evidente dunque che, sebbene spetti agli Stati membri dettare le condizioni per l'acquisto della cittadinanza, la realtà sociale, di volta in volta, portata all'attenzione della Corte di giustizia è, di per sé, in grado di influire sulle normative nazionali, qualora queste ultime siano tali da compromettere i risultati raggiunti dall'Unione, nel settore *de quo* e/o pregiudicare la politica della cittadinanza europea, tesa, oggi più che mai, a garantire la piena realizzazione della persona, sia nel sistema politico dell'Unione, che dal punto di vista personale e sociale, mediante l'attiva partecipazione al procedimento di determinazione delle scelte giuridico-sociali dell'Unione stessa, conformemente a quanto concerne oneri o onori di diritti e doveri del cittadino europeo.

dalla cittadinanza dell'Unione; *ii*) la realizzazione di un dialogo aperto e trasparente con la società civile riguardo ai diritti fondamentali; *iii*) la promozione della maggiore tolleranza in tutta l'Unione; *iv*) il miglioramento dello scambio di informazioni e la creazione di reti tra le autorità giuridiche, giudiziarie e amministrative e le professioni giuridiche.
Gli obiettivi generali del programma sono complementari a quelli perseguiti dall'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali istituita dal reg. (CE) n. 168/2007.

[25] V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 25 novembre 2013 Com(2013) 837 final.

[26] N. Cariat, *Le retrait de nationalité au regard du droit européen et international*, in *Journal des tribunaux*, 2010, n. 172, p. 245 ss.; D. Dero-Bugny, *Citoyenneté de l'Union*, in *Journal du droit international*, 2011, pp. 488-490; S. Lorenzon, *Cittadinanza europea e principio di attribuzione delle competenze: l'integrazione europea alla prova del test di proporzionalità, Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, pp. 159-171.

[27] Corte giust., 7 luglio 1992, causa C-369/90, cit.

[28] Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539.

[29] Corte giust., 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, I-3375; 8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga*, ECLI:EU-:C:2013:291.

Luigi Valentino
Ricercatore e Professore Aggregato di Diritto dell'Unione europea e Diritto della Concorrenza nell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli

L'onere probatorio nelle frodi IVA tra statuizioni europee e giurisprudenza statale.

Nota a della Corte di Giustizia, 22 ottobre 2015, Causa C-277/14, PPUH Stehcemp sp. j.c. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi

abstract

The provisions of the Sixth Directive 77/388 / EEC must be interpreted as meaning that they preclude national legislation which denies to a taxable person the right to deduct the VAT due or paid on goods sold to it for being the invoice issued by a subject to be considered, with reference to the criteria laid down in that legislation, non-existent and it is not possible to identify the real supplier of the goods, except in cases where it is demonstrated, in the light of objective factors and not require taxable checks that no incumbent which that taxable person knew or should have known that such transfer was connected with VAT evasion, which is for the national court to verify.

keywords

Fraud on VAT – Right to deduct – Refusal – State and European jurisprudence.

abstract

Le disposizioni della sesta Direttiva 77/388/CEE devono essere interpretate nel senso che esse ostano a una normativa nazionale che neghi a un soggetto passivo il diritto di detrarre l'IVA dovuta o assolta per beni ad esso ceduti per essere stata la fattura emessa da un soggetto da considerarsi, con riferimento ai criteri previsti da tale normativa, inesistente e non sia possibile identificare il vero fornitore dei beni, tranne nel caso in cui si dimostri, alla luce di elementi oggettivi e senza esigere dal soggetto passivo verifiche che non gli incombono, che tale soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che detta cessione si iscriveva in un'evasione dell'IVA, circostanza che spetta al giudice del rinvio di verificare.

parole chiave

Frodi in tema di IVA – Diritto alla detrazione – Rifiuto – Giurisprudenza statale e europea.

Frode fiscale – Imprenditore – Obblighi

Non è compito dell'imprenditore, che ha ricevuto e pagato una fattura regolare, corrispondente alla merce consegnatagli, di svolgere indagini sulla struttura, organizzazione e sugli adempimenti tributari del cedente, salvo che non siano stati autonomamente portati a sua conoscenza elementi di grave sospetto sull'esistenza della frode fiscale.

Corte giust., 22/10/2015, Causa C-277/14, PPUH Stehcemp sp. j. c. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi

(Omissis)

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

17 Nell'anno 2004, la PPUH Stehcemp ha effettuato vari acquisti di carburante diesel che essa ha utilizzato nell'ambito della sua attività economica. Le fatture relative a tali acquisti di carburante sono state emesse dalla Finnet sp. z o.o. (in prosieguo: la «Finnet»). La PPUH Stehcemp ha proceduto alla detrazione dell'IVA pagata per tali acquisti di carburante.

18 In seguito ad un controllo fiscale, l'amministrazione tributaria le ha negato, con decisione del 5 aprile 2012, il diritto di detrarre tale IVA per il motivo che le fatture relative a detti acquisti di carburante erano state emesse da un soggetto inesistente.

19 Il direttore dell'amministrazione tributaria di Łódź ha confermato tale decisione, con decisione del 29 maggio 2012, per il motivo che la Finnet doveva essere considerata, con riferimento ai criteri previsti dal decreto del 27 aprile 2004, un soggetto inesistente che non poteva procedere a cessioni di beni. L'accertamento relativo all'inesistenza della Finnet era fondato su un insieme di elementi, in particolare sul fatto che tale società non era registrata ai fini dell'IVA, non presentava dichiarazioni fiscali e non pagava le imposte. Inoltre, detta società non procedeva alla pubblicazione dei suoi conti annuali e non disponeva dell'autorizzazione di vendita di combustibile liquido. L'immobile indicato come sua sede sociale nel registro delle imprese è in stato fatiscente, circostanza che rende impossibile qualsiasi

attività economica. Infine, ogni tentativo di entrare in contatto con la Finnet o con la persona iscritta in qualità di suo direttore nel registro delle imprese si è rivelato infruttuoso.

20 La PPUH Stehcemp ha presentato ricorso dinanzi al Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi (Tribunale amministrativo della regione di Łódź) avverso la decisione del direttore dell'amministrazione tributaria di Łódź del 29 maggio 2012. Tale ricorso è stato respinto sulla base dei rilievi che la Finnet era un soggetto inesistente alla data delle operazioni in questione nel procedimento principale e che la PPUH Stehcemp non aveva dimostrato una diligenza ragionevole, astenendosi dal verificare se tali operazioni si collocassero nell'ambito di una frode.

21 La PPUH Stehcemp ha proposto ricorso per cassazione dinanzi al Naczelny Sąd Administracyjny (Corte suprema amministrativa), invocando una violazione dell'articolo 86, paragrafi 1 e 2, punto 1, lettera a), della legge relativa all'IVA, in combinato disposto con l'articolo 17, paragrafo 2, della sesta direttiva.

22 A sostegno del suo ricorso per cassazione, la PPUH Stehcemp rileva che sarebbe contrario al principio di neutralità dell'IVA privare un soggetto passivo in buona fede del diritto alla detrazione. Orbene, essa avrebbe ricevuto dalla Finnet documenti di immatricolazione che accertavano che tale società era un operatore che esercitava legalmente, ossia un estratto del registro delle imprese, l'attribuzione di un numero di identificazione fiscale e un attestato di attribuzione di un numero d'identificazione statistica.

23 Il giudice del rinvio si interroga sull'importanza che la giurisprudenza della Corte riconosce alla buona fede del soggetto passivo nell'ambito del diritto alla detrazione dell'IVA (v., segnatamente, sentenze Optigen e a., C-354/03, C-355/03 e C-484/03, EU:C:2006:16; Kittel e Recolta Recycling, C-439/04 e C-440/04, EU:C:2006:446; Mahagében e Dávid, C-80/11 e C-142/11, EU:C:2012:373; Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, nonché ordinanze Forvards V, C-563/11, EU:C:2013:125, e Jagiełło, C-33/13, EU:C:2014:184). Esso ritiene che la buona fede del soggetto passivo non possa dar diritto alla detrazione dell'IVA se non ricorrono le condizioni sostanziali di tale diritto. In particolare, esso si interroga sulla questione se un'acquisizione di beni possa essere qualificata come cessione di beni quando le fatture relative a tale operazione indicano un soggetto inesistente ed è impossibile determinare l'identità del vero fornitore dei beni in questione. Un soggetto inesistente, infatti, non potrebbe né trasferire il potere di disporre delle merci come proprietario né ricevere pagamenti. In tali circostanze, le autorità fiscali non disporrebbero neanche di un credito fiscale esigibile, di modo che non vi sarebbe alcuna imposta dovuta.

24 Alla luce di tali considerazioni, il Naczelny Sąd Administracyjny (Corte suprema amministrativa) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 2, punto 1, l'articolo 4, paragrafi 1 e 2, l'articolo 5, paragrafo 1, nonché l'articolo 10, paragrafi 1 e 2, della sesta direttiva (...) debbano essere interpretati nel senso che un'operazione effettuata in circostanze come quelle del procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale, nelle quali né il soggetto passivo né le autorità fiscali riescono ad identificare il vero fornitore dei beni, costituisca una cessione di beni.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'articolo 17, paragrafo 2, lettera a), l'articolo 18, paragrafo 1, lettera a), nonché l'articolo 22, paragrafo 3, della sesta direttiva debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che, in circostanze come quelle del procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale, impedisca al soggetto passivo di detrarre l'imposta sulla base dei rilievi che la fattura è stata emessa da un soggetto che non era il vero fornitore dei beni e che non è possibile identificare detto fornitore, né imporre a quest'ultimo il pagamento dell'imposta, o identificare la persona chiamata a versare l'imposta, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, lettera c), della sesta direttiva, a titolo dell'emissione della fattura».

Sulle questioni pregiudiziali

25 Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni della sesta direttiva debbano essere interpretate nel senso che esse ostano a una normativa nazionale, quale quella di cui al procedimento principale, che neghi ad un soggetto passivo il diritto di detrarre l'IVA dovuta o assolta per beni che gli sono stati ceduti sulla base dei rilievi che la fattura è stata emessa da un soggetto che deve essere considerato, con riferimento ai criteri previsti da tale normativa, un soggetto inesistente e che è impossibile identificare il vero fornitore dei beni.

26 Secondo costante giurisprudenza, il diritto alla detrazione di cui agli articoli 17 e seguenti della sesta direttiva è un principio fondamentale del sistema comune dell'IVA che non può, in linea di principio, essere soggetto a limitazioni e che va esercitato immediatamente per tutte le imposte che hanno gravato le operazioni effettuate a monte (v., in tal senso, sentenze Mahagében e Dávid, C-80/11 et C-142/11, EU:C:2012:373, punti 37 e 38 nonché giurisprudenza ivi citata; Bonik, C-285/11, EU:C:2012:774, punti 25 e 26, nonché Petroma Transports e a., C-271/12, EU:C:2013:297, punto 22).

27 Il sistema delle detrazioni è inteso ad esonerare interamente l'imprenditore dall'IVA dovuta o assolta nell'ambito di tutte le sue attività economiche. Il si-

stema comune dell'IVA garantisce, di conseguenza, la neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di dette attività, purché queste siano, in linea di principio, di per sé soggette all'IVA (v. sentenze Dankowski, C-438/09, EU:C:2010:818, punto 24; Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 25, nonché ordinanze Forvards V, C-563/11, EU:C:2013:125, punto 27, e Jagiełło, C-33/13, EU:C:2014:184, punto 25).

28 Per quanto riguarda le condizioni sostanziali richieste per il sorgere del diritto alla detrazione, dalla formulazione dell'articolo 17, paragrafo 2, lettera a), della sesta direttiva risulta che, per poter beneficiare di tale diritto, occorre, da un lato, che l'interessato sia un soggetto passivo ai sensi di tale direttiva e, dall'altro, che i beni o i servizi invocati a base di detto diritto siano utilizzati a valle dal soggetto passivo ai fini delle proprie operazioni soggette a imposta e che, a monte, detti beni siano ceduti o che tali servizi siano forniti da un altro soggetto passivo (v., in tal senso, sentenze Centralan Property, C-63/04, EU:C:2005:773, punto 52; Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 26, e Bonik, C-285/11, EU:C:2012:774, punto 29, nonché ordinanza Jagiełło, C-33/13, EU:C:2014:184, punto 27).

29 Quanto alle condizioni formali del diritto alla detrazione, l'articolo 18, paragrafo 1, lettera a), della sesta direttiva dispone che il soggetto passivo deve essere in possesso di una fattura redatta ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 3, di detta direttiva. Ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 3, lettera b), la fattura deve indicare in maniera distinta, segnatamente, il numero di identificazione ai fini dell'IVA sotto il quale il soggetto passivo ha effettuato la cessione, il nome e l'indirizzo completo di quest'ultimo, nonché la quantità e la natura dei beni ceduti.

30 Quanto al procedimento principale, dalla decisione di rinvio risulta che la PPUH Stehcemp, la quale ha intenzione di esercitare il diritto alla detrazione in qualità di soggetto passivo ai sensi della sesta direttiva, ha effettivamente ricevuto e pagato i beni in questione, ossia il carburante, indicati nelle fatture emesse dalla Finnet e che essa ha utilizzato tali beni a valle ai fini delle sue operazioni gravate da imposta.

31 Tuttavia, il giudice del rinvio parte dalla premessa che l'operazione indicata nella fattura in questione nel procedimento principale non possa dar diritto alla detrazione dell'IVA pagata a monte poiché, anche se la Finnet era registrata nel registro delle imprese, tale società deve essere considerata, rispetto ai criteri previsti dalla normativa in questione nel procedimento principale, quale soggetto inesistente alla data di tali cessioni di carburante. Secondo detto giudice, tale inesistenza risulta segnatamente dal fatto che la Finnet non era registrata ai fini dell'IVA, non effettuava dichiarazione fiscale, non pagava imposte e non disponeva di autorizzazione per la vendita di combustibili liquidi. Inoltre, lo stato fatiscente dell'immobile, indicato come sede sociale, renderebbe impossibile qualsiasi attività economica.

32 Il giudice del rinvio, ritenendo che un tale soggetto inesistente non possa né effettuare una cessione di beni né emettere una fattura relativa a una tale cessione secondo le disposizioni pertinenti della sesta direttiva, perviene alla conclusione dell'assenza di una cessione di beni ai sensi di detta direttiva in quanto il vero fornitore di tali beni non poteva essere identificato.

33 A tal proposito occorre rilevare, in primo luogo, che il criterio dell'esistenza del fornitore dei beni o del suo diritto a emettere fatture, quale risulta dalla normativa di cui al procedimento principale, come interpretato dal giudice nazionale, non figura tra le condizioni del diritto alla detrazione rilevate ai punti 28 e 29 della presente sentenza. L'articolo 17, paragrafo 2, lettera a), della sesta direttiva dispone, invece, che tale fornitore deve avere la qualità di soggetto passivo ai sensi dell'articolo 4, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva. Pertanto, i criteri ai quali la normativa nazionale di cui al procedimento principale, come interpretata dal giudice del rinvio, subordina l'esistenza del fornitore o il suo diritto a emettere fatture non devono confliggere con i requisiti quali risultanti dalla qualità del soggetto passivo ai sensi di tali disposizioni.

34 Ai sensi dell'articolo 4, paragrafi 1 e 2, della sesta direttiva, si considera soggetto passivo chiunque esercita in modo indipendente attività economiche di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività. Ne deriva che la nozione di «soggetto passivo» viene definita in modo ampio, sulla base di circostanze di fatto (v. sentenza Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 30).

35 Per quanto riguarda la Finnet, una tale attività economica non sembra esclusa in considerazione delle circostanze relative alle cessioni di carburante in questione nel procedimento principale. Tale conclusione non è messa in discussione dalla circostanza, rilevata dal giudice del rinvio, in base alla quale lo stato fatiscente dell'immobile in cui si situa la sede sociale della Finnet non permetteva alcuna attività economica, poiché una tale constatazione non esclude che tale attività potesse essere svolta in altri luoghi diversi dalla sede sociale. Segnatamente, quando l'attività economica in questione consiste nella cessione di beni effettuati nell'ambito di varie vendite successive, il primo acquirente e rivenditore di tali beni può limitarsi a dare ordine al primo venditore di trasportare i beni in questione direttamente al secondo acquirente (v. ordinanze Forvards V, C-563/11, EU:C:2013:125, punto 34, e Jagiełło, C-33/13, EU:C:2014:184, punto 32), senza che disponga egli

stesso necessariamente dei mezzi di stoccaggio e di trasporto indispensabili per effettuare la cessione dei beni in questione.

36 Parimenti, l'eventuale impossibilità di stabilire un contatto con la Finnet o con la persona iscritta nel registro delle imprese come suo direttore nell'ambito di procedimenti amministrativi non permette, allorché tali tentativi di contatto hanno avuto luogo durante un periodo precedente o successivo alle cessioni in questione nel procedimento principale, di pervenire automaticamente alla conclusione dell'assenza di un'attività economica alla data di tali cessioni.

37 Inoltre, non emerge dall'articolo 4, paragrafi 1 e 2, della sesta direttiva che lo status di soggetto passivo dipenda da una qualsivoglia autorizzazione o licenza concessa dall'amministrazione ai fini dell'esercizio di un'attività economica (v, in tal senso, sentenza Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 30).

38 È vero che l'articolo 22, paragrafo 1, lettera a), di detta direttiva dispone che ogni soggetto passivo deve dichiarare l'inizio, il cambiamento e la cessazione della propria attività in qualità di soggetto passivo. Tuttavia, malgrado l'importanza per il buon funzionamento del sistema dell'IVA che tale dichiarazione riveste, quest'ultima non può costituire una condizione supplementare richiesta ai fini del riconoscimento dello status di soggetto passivo ai sensi dell'articolo 4 della medesima direttiva, dato che detto articolo 22 compare al titolo XIII della medesima, intitolato «Obblighi dei debitori d'imposta» (v., in tal senso, sentenza Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 31).

39 Ne consegue che tale status non può neanche dipendere dal rispetto degli obblighi del soggetto passivo, risultanti dai paragrafi 4 e 5 di detto articolo 22, di depositare una dichiarazione fiscale e di pagare l'IVA. A maggior ragione, il riconoscimento dello status di soggetto passivo non può essere sottoposto all'obbligo di pubblicare conti annuali o di disporre di un'autorizzazione per la vendita di carburante, in quanto tali obblighi non sono previsti dalla sesta direttiva.

40 In tale contesto, la Corte ha parimenti statuito che un eventuale inadempimento, da parte del fornitore dei beni, dell'obbligo di dichiarare l'inizio della sua attività imponibile non può rimettere in discussione il diritto a detrazione del destinatario dei beni ceduti per quanto riguarda l'IVA pagata per essi. Pertanto, detto destinatario beneficia del diritto a detrazione anche qualora il fornitore di beni sia un soggetto passivo che non è registrato ai fini dell'IVA, qualora le fatture relative ai beni ceduti presentino tutte le informazioni richieste dall'articolo 22, paragrafo 3, lettera b), della sesta direttiva, in particolare quelle necessarie per l'identificazione della persona che le ha emesse e della natura di tali beni (v., in tal senso, sentenze Dankowski, C-438/09, EU:C:2010:818, punti 33, 36 e 38, nonché Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 32).

41 La Corte ne ha tratto la conclusione che l'amministrazione tributaria non può negare il diritto a detrazione in base al rilievo che l'emittente della fattura non dispone più della licenza di imprenditore individuale e che, quindi, egli non è più legittimato ad utilizzare il proprio numero di identificazione fiscale, qualora tale fattura presenti tutte le informazioni previste dal summenzionato articolo 22, paragrafo 3, lettera b) (v., in tal senso, sentenza Tóth, C-324/11, EU:C:2012:549, punto 33).

42 Nel caso di specie, dal fascicolo sottoposto alla Corte emerge che le fatture relative alle operazioni in questione nel procedimento principale indicavano, conformemente a detta disposizione, segnatamente la natura dei beni ceduti e l'importo dell'IVA dovuta, nonché il nome della Finnet, il suo numero d'identificazione fiscale e l'indirizzo della sua sede sociale. Pertanto, le circostanze rilevate dal giudice del rinvio e riassunte al punto 31 della presente sentenza non permettono né di pervenire alla conclusione dell'assenza della qualità di soggetto passivo della Finnet né, pertanto, di negare alla PPUH Stehcemp il diritto alla detrazione.

43 Occorre aggiungere, in secondo luogo, che, per quanto riguarda le cessioni di carburante in questione nel procedimento principale, le altre condizioni sostanziali del diritto alla detrazione, rilevate al punto 28 della presente sentenza, erano parimenti soddisfatte, nonostante l'eventuale inesistenza della Finnet con riferimento al decreto del 27 aprile 2004.

44 Poiché la nozione di «cessione di beni» di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della sesta direttiva si riferisce, infatti, non al trasferimento di proprietà nelle forme previste dal diritto nazionale vigente, bensì a qualsiasi operazione di trasferimento di un bene materiale effettuata da una parte che autorizza l'altra parte a disporre di fatto di tale bene come se ne fosse il proprietario (v., segnatamente, sentenze Shipping and Forwarding Enterprise Safe, C-320/88, EU:C:1990:61, punto 7, nonché Dixons Retail, C-494/12, EU:C:2013:758, punto 20 e giurisprudenza ivi citata), l'eventuale assenza del potere della Finnet di disporre giuridicamente dei beni in questione nel procedimento principale non può escludere una cessione di tali beni ai sensi di detta disposizione, una volta che detti beni sono stati effettivamente rimessi alla PPUH Stehcemp che li ha impiegati ai fini delle sue operazioni soggette a imposta.

45 Inoltre, l'IVA che la PPUH Stehcemp ha effettivamente pagato per le cessioni di carburante di cui al procedimento principale, secondo le indicazioni che figurano nel fascicolo sottoposto alla Corte, era parimenti «dovuta o pagata», ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, lettera a), della sesta direttiva. Secondo giurisprudenza costante, infatti, l'IVA si applica a

qualsiasi operazione di produzione o di distribuzione, previa detrazione dell'imposta gravante direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo (v., segnatamente, sentenze Optigen e a., C-354/03, C-355/03 e C-484/03, EU:C:2006:16, punto 54; Kittel e Recolta Recycling, C-439/04 e C-440/04, EU:C:2006:446, punto 49, nonché Bonik, C-285/11, EU:C:2012:774, punto 28). È irrilevante, pertanto, ai fini del diritto del soggetto passivo di detrarre l'IVA pagata a monte stabilire se il fornitore dei beni di cui al procedimento principale abbia versato o meno l'IVA dovuta sulle operazioni di vendita all'Erario (v., in tal senso, sentenze Optigen e a., C-354/03, C-355/03 e C-484/03, EU:C:2006:16, punto 54, nonché Véleclair, C-414/10, EU:C:2012:183, punto 25).

46 Orbene, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta, quanto alle circostanze della controversia principale, che il giudice del rinvio ritiene che le operazioni di cui al procedimento principale siano state effettuate non dalla Finnet, bensì da un altro soggetto impossibile da identificare, di modo che le autorità tributarie non hanno potuto recuperare l'imposta relativa a tali operazioni.

47 A tal riguardo, occorre ricordare che la lotta contro ogni possibile frode, evasione ed abuso è un obiettivo riconosciuto e promosso dalla sesta direttiva. Pertanto, spetta alle autorità e ai giudici nazionali negare il beneficio del diritto a detrazione se è dimostrato, alla luce di elementi obiettivi, che tale diritto viene invocato in modo fraudolento o abusivo (v. sentenze Bonik, C-285/11, EU:C:2012:774, punti 35 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata, e Maks Pen, C-18/13, EU:C:2014:69, punto 26).

48 Tale situazione, così come ricorre nel caso di un'evasione fiscale commessa dal soggetto passivo, ricorre pure quando il soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che, con il proprio acquisto, partecipava ad un'operazione che si iscriveva in un'evasione dell'IVA. In circostanze del genere, il soggetto passivo interessato deve essere considerato, ai fini della sesta direttiva, partecipante a tale evasione, e ciò indipendentemente dalla circostanza di trarre o meno beneficio dalla rivendita dei beni o dall'utilizzo dei servizi nell'ambito delle operazioni soggette a imposta da lui effettuate a valle (v., sentenze Bonik, C-285/11, EU:C:2012:774, punti 38 e 39 nonché giurisprudenza ivi citata, e Maks Pen, C-18/13, EU:C:2014:69, punto 27).

49 Quando ricorrono le condizioni sostanziali e formali previste dalla sesta direttiva per il sorgere e l'esercizio del diritto a detrazione, invece, non è compatibile con il regime del diritto a detrazione previsto da detta direttiva sanzionare, con il diniego di tale diritto, un soggetto passivo che non sapeva e non avrebbe potuto sapere che l'operazione interessata si collocava nell'ambito di un'evasione commessa dal fornitore o che un'altra operazione facente parte della catena delle cessioni, precedente o successiva a quella realizzata da detto soggetto passivo, era viziata da evasione dell'IVA (v., in tal senso, sentenze Optigen e a., C-354/03, C-355/03 e C-484/03, EU:C:2006:16; punti 51, 52 e 55; Kittel e Recolta Recycling, C-439/04 e C-440/04, EU:C:2006:446, punti da 44 a 46 e 60, nonché Mahagében e Dávid, C-80/11 e C-142/11, EU:C:2012:373, punti 44, 45 e 47).

50 Spetta all'amministrazione tributaria, che abbia constatato evasioni o irregolarità commesse dall'emittente della fattura, dimostrare, alla luce di elementi oggettivi e senza esigere dal destinatario della fattura verifiche che non gli incombono, che tale destinatario sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'operazione invocata per fondare il suo diritto alla detrazione si iscriveva in un'evasione dell'IVA, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare (v., in tal senso, sentenze Bonik, C-285/11, EU:C:2012:774, punto 45, e LVK – 56, C-643/11, EU:C:2013:55, punto 64).

51 La determinazione delle misure che, in una fattispecie concreta, possono essere ragionevolmente imposte ad un soggetto passivo che intenda esercitare il diritto alla detrazione dell'IVA per assicurarsi che le sue operazioni non si iscrivano in un'evasione commessa da un operatore a monte dipende, essenzialmente, dalle circostanze di detta fattispecie (v. sentenza Mahagében e Dávid, C-80/11 e C-142/11, EU:C:2012:373, punto 59, nonché ordinanza Jagiełło, C-33/13, EU:C:2014:184, punto 37).

52 Se è vero che un tale soggetto passivo può vedersi obbligato, quando disponga di indizi che consentono di sospettare l'esistenza di irregolarità o di evasione, ad assumere informazioni sull'operatore presso il quale intende acquistare beni o servizi al fine di sincerarsi della sua affidabilità, l'amministrazione tributaria non può tuttavia esigere in maniera generale che detto soggetto passivo, da un lato, al fine di assicurarsi che non sussistano irregolarità o evasioni a livello degli operatori a monte, verifichi che l'emittente della fattura correlata ai beni e ai servizi a titolo dei quali viene richiesto l'esercizio di tale diritto disponesse dei beni di cui trattasi e fosse in grado di fornirli e che abbia soddisfatto i propri obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'IVA, o, dall'altro lato, disponga di documenti a tale riguardo (v., in tal senso, sentenze Mahagében et Dávid, C-80/11 e C-142/11, EU:C:2012:373, punti 60 e 61; Stroy trans, C-642/11, EU:C:2013:54, punto 49, nonché ordinanza Jagiełło, C-33/13, EU:C:2014:184, punti 38 e 39).

53 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che le disposizioni della sesta direttiva devono essere interpretate nel senso che esse ostano a una normativa nazionale, quale quella di cui al procedi-

mento principale, che neghi ad un soggetto passivo il diritto di detrarre l'IVA dovuta o assolta per beni che gli sono stati ceduti sulla base dei rilievi che la fattura è stata emessa da un soggetto che deve essere considerato, con riferimento ai criteri previsti da tale normativa, un soggetto inesistente e che è impossibile identificare il vero fornitore dei beni, tranne nel caso in cui si dimostri, alla luce di elementi oggettivi e senza esigere dal soggetto passivo verifiche che non gli incombono, che tale soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che detta cessione si iscriveva in un'evasione dell'IVA, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulle spese

54 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 (Quinta Sezione) dichiara:

Le disposizioni della sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, come modificata dalla direttiva 2002/38/CE del Consiglio, del 7 maggio 2002, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a una normativa nazionale, quale quella di cui al procedimento principale, che neghi a un soggetto passivo il diritto di detrarre l'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per beni che gli sono stati ceduti sulla base dei rilievi che la fattura è stata emessa da un soggetto che deve essere considerato, con riferimento ai criteri previsti da tale normativa, un soggetto inesistente e che è impossibile identificare il vero fornitore dei beni, tranne nel caso in cui si dimostri, alla luce di elementi oggettivi e senza esigere dal soggetto passivo verifiche che non gli incombono, che tale soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che detta cessione si iscriveva in un'evasione dell'imposta sul valore aggiunto, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

****Nota a sentenza*

sommario

1. Il caso sottoposto alla Corte di giustizia. – **2.** Soggettività passiva IVA. – **3.** Le frodi carosello. – **4.** L'esperienza nel nostro ordinamento e la responsabilità penale delle società. – **5.** Onere della prova nelle frodi carosello.

1. Il caso sottoposto alla Corte di giustizia

La sentenza in commento riguarda la ben nota problematica relativa alla individuazione dell'onere probatoria in tema di frodi in campo IVA.

Specificamente, il contenzioso trae origine nel 2004, allorquando la società polacca Finnet aveva venduto carburante alla connazionale PPUH Stehcemp. Dal canto suo, nel 2012, l'Ufficio imposte di Lodz aveva accertato che la Finnet non era registrata ai fini dell'IVA, non presentava dichiarazioni fiscali e non pagava le imposte; inoltre non pubblicava i suoi bilanci e non aveva l'autorizzazione di vendita di combustibile liquido. A ciò si aggiungeva che l'immobile indicato nel registro delle imprese quale sede sociale della Finnet era in stato fatiscente, per cui doveva ritenersi che non potesse essere utilizzato per qualsiasi attività economica. Infine ogni tentativo esperito per prendere contatto con la Finnet o col suo amministratore, iscritto nel registro delle imprese, era rimasto "infruttuoso" (punto 19 della sentenza). Sulla base degli elementi di fatto sopra descritti l'Ufficio imposte di Lodz aveva accertato che Finnet era una cartiera ovvero un imprenditore inesistente e pertanto negava alla PPUH il diritto di detrazione dell'IVA sulle fatture di acquisto.

L'acquirente PPUH aveva professato la sua buona fede, fondata su documenti ricevuti dalla Finnet, ovvero un "estratto del registro delle imprese, un certificato di attribuzione di un numero di identificazione fiscale e un attestato di attribuzione del numero d'identificazione statistica" (punto 22).

Dagli atti del processo risulta che la fattura emessa da Finnet conteneva tutti gli elementi prescritti dalla legge e che la merce era stata consegnata alla PPUH, utilizzata nell'esercizio dell'impresa, e da questa pagata alla Finnet (punti 30 e 42).

La Corte di cassazione polacca, cui era giunta la causa fra PPUH e l'Ufficio imposte di Lodz, rimetteva alla Corte di Giustizia del Lussemburgo - quale organo deputato all'interpretazione della normativa comunitaria in materia di IVA, cui devono conformarsi le normative vigenti negli Stati membri dell'Unione - il quesito se, nel caso di specie, l'IVA sulle fatture del venditore fosse detraibile da parte dell'acquirente, lasciando intravedere di propendere per una risposta negativa.

2. Soggettività passiva IVA

La Corte di Giustizia inizia col ricordare che, ai sensi della VI Direttiva, si considera soggetto passivo chiunque eserciti in modo indipendente un'attività economica senza che assumano rilievo lo scopo e i risultati di detta attività (punto 34) e si domanda se la qualifica di soggetto passivo possa essere riconosciuta alla Finnet, stante l'assenza di una struttura aziendale.

I giudici di Lussemburgo osservano in proposito, richiamando puntualmente la propria consolidata

giurisprudenza, che, in presenza di una catena di passaggi della merce da un acquirente ad un venditore e da costui, ora in veste di venditore, ad un successivo acquirente, "il primo acquirente e rivenditore dei beni può limitarsi a dare ordine al primo venditore di trasportare i beni in questione direttamente al secondo acquirente senza che disponga egli stesso dei mezzi di trasporto e di stoccaggio indispensabili per effettuare la cessione dei beni" (punto 35).

L'affermazione, che fotografa una realtà frequente negli scambi commerciali, consente di affermare che, nelle ipotesi di operazioni soggettivamente inesistenti, la consegna della merce all'acquirente, effettuata non dal soggetto fatturante, ma dal suo fornitore o comunque da altro operatore, è elemento necessario, ma non sufficiente per accertare la soggettiva inesistenza di una compravendita. Non basta: tanto per fare un esempio, microprocessori per computers (beni spesso oggetto di scambi che intervengono nelle famigerate frodi carosello) del valore di alcune centinaia di migliaia di euro, possono essere contenuti in una sola valigia e quindi trasportati da un Paese all'altro dell'Unione con una normale autovettura. Non può quindi negarsi lo status di soggetto passivo IVA all'imprenditore commerciale solo perché non dispone di una organizzazione o struttura aziendale.

Lo status di soggetto passivo – prosegue la Corte – non può neanche dipendere dal rispetto degli obblighi di presentare le dichiarazioni fiscali, di assolvere il pagamento dell'IVA o di pubblicare i propri bilanci "in quanto tali obblighi non sono previsti dalla sesta Direttiva" (punto 39).

Ciò che è decisivo ai fini della nascita del diritto alla detrazione, salvo quanto si dirà appresso, è che l'IVA addebitata al compratore per l'acquisto della merce sia "dovuta o pagata", mentre non rileva "stabilire se il fornitore dei beni (...) abbia versato o meno l'IVA, dovuta sulle operazioni di vendita, all'Erario" (punto 45). Naturalmente, costituendo la lotta all'evasione fiscale dell'IVA uno degli obbiettivi della sesta Direttiva, spetta alle Autorità e ai giudici nazionali negare il beneficio della detrazione (...) quando il soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che, con il proprio acquisto, partecipava ad una operazione che si iscriveva in un'evasione dell'IVA (punti 47 e 48): *obiter dictum* che si riscontra in numerose sentenze della Corte del Lussemburgo[1] e della nostra Corte di cassazione[2].

3. Le frodi carosello

Al fine di rendere meglio edotto il lettore circa la fattispecie trattata nella sentenza in commento, appare d'obbligo procedere ad una breve disamina sulla c.d. "frode carosello", ossia quelle operazioni finalizzate a realizzare attività economiche fittizie al fine di ottenere crediti di imposta con profitti per centinaia di milioni di euro.

Deve qui premettersi che le operazioni triangolari con l'estero sono operazioni di cessione di beni in cui i beni stessi sono oggetto di due distinti contratti di cessione, ma per i quali si realizza un unico movimento di beni ed intervengono tre soggetti economici diversi, situati in più Stati.

In sostanza, l'operazione si configura quando il cedente nazionale viene incaricato dal cessionario nazionale (o intracomunitario nel caso di triangolazioni UE) di consegnare i beni al cliente straniero (intracomunitario ed extracomunitario) del cessionario stesso per suo ordine e conto. Il rapporto di cessione tra i due soggetti residenti è considerato dal legislatore "cessione all'esportazione" e quindi non imponibile, o nel caso di triangolazioni intracomunitarie, una vendita rientrante nel regime del D.L. n. 331/1993. Con la direttiva n. 111 del 14 dicembre 1992[3], è stato concepito un sistema di designazione del proprio cessionario quale debitore dell'imposta relativa alla cessione in tale Stato. Accanto alle triangolazioni intracomunitarie in senso stretto si individua una ulteriore ipotesi di "triangolazione", costituita dalla presenza di due operatori nazionali e uno comunitario definita come triangolazione nazionale. All'Amministrazione Finanziaria non basta che vengano rispettati gli elementi essenziali di un'esportazione triangolare, occorre che se ne fornisca prova documentale idonea al fine di vedere giustificata la non imponibilità IVA dell'operazione.

Dietro le operazioni triangolari si possono nascondere le c.d. frodi carosello. Spesso l'Amministrazione finanziaria riscontra che il primo meccanismo di illegalità presente nelle frodi carosello è appunto la presenza di transazioni che hanno come oggetto movimenti triangolari in cui sono coinvolte imprese con sedi in diversi Stati membri dell'Unione europea. Le frodi carosello sono dei meccanismi di frode IVA che consistono nel porre in essere operazioni di acquisto e vendita di beni e/o prestazioni di servizi tra paesi aderenti alla Comunità Europea che culminano nella richiesta di rimborso dell'IVA assolta all'estero. Il meccanismo si basa su operazioni triangolari tra paesi membri della Comunità Europea e con l'introduzione di una o più società che fanno da filtro. Il meccanismo prevede l'acquisto di beni e/o servizi (come ad esempio auto o traffico telefonico) in sospensione di imposta ed il guadagno illecito avviene al momento della ri-

[1] CGE, 6 luglio 2006, causa C-449 e 440/04, c.d. *Kittel e Recolta Recycling*, punto 59; Sentenza 21 giugno 2012, causa C-80 e 142/11, *Mahagében e Dàvid*, punto 49; *Id.*, ord. 6 febbraio 2014, causa C-33, *Marcin Jagiello*, punto 33.

[2] Per un'ampia rassegna e un puntuale commento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Cassazione e della dottrina in tema di frodi carosello e all'esportazione, si rinvia ad A. Giovanardi, *Le frodi IVA. Profili ricostruttivi*, Torino, 2013.

[3] In G.U., l. n. 76 del 23 marzo 1992.

vendita ad un soggetto terzo ad un prezzo inferiore in quanto non viene applicata l'IVA e quindi cede a prezzo più bassi del 22%. Questo è possibile grazie ad una società veicolo in gergo detta "missing trader" che rappresenta l'interposta persona fisica o la societaria in grado di porsi tra cedente e acquirente finale reali e sfruttare il meccanismo della sospensione di imposta. La prima fase prevede un primo versamento dell'IVA da parte di un soggetto IVA membro della comunità Europea che acquista beni o servizi da un altro soggetto IVA e che avverrà in cosiddetta sospensione di imposta in virtù della non imponibilità IVA di alcune operazioni intracomunitarie. Lo stesso soggetto che ha acquistato inizialmente il bene e/o il servizio lo rivende (un esempio "a caso" auto o "traffico telefonico" in sospensione d'imposta o direttamente o per il tramite di società filtro, newco, bad company o scatole cinesi) direttamente o per il tramite di interposte persone o altre società a soggetti terzi che sono talvolta anche ignari del meccanismo e giri che avvengono a monte.

Lo schema è più semplice di quanto non appaia sulla carta.

Si parte dalla costatazione che un imprenditore che voglia importare prodotti dall'estero da rivendere in Italia, vedrà gravati tali prodotti dell'Iva solo nel momento della vendita nel territorio della Repubblica. Lo scopo della frode è quello di far "rientrare" l'Iva attraverso un'operazione fittizia e l'utilizzo di altre società di comodo. Attraverso, ad esempio, la costituzione di una società, che per comodità chiameremo Newco, che ha lo scopo di acquistare i prodotti importati dall'imprenditore. Tali società costituite *ad hoc* e normalmente con sede legale all'estero, sfruttano le cd. cessioni intracomunitarie per non pagare Iva per poi cedere i medesimi servizi (che possono essere rappresentati da beni commerciali, ma anche servizi telefonici, come per il caso Telecom – Sparkle) nel territorio italiano gravando il prodotto dell'Iva dovuta allo Stato. In questo caso il soggetto acquirente (e compiacente) verserà l'Iva alla Newco, che invece di versarla allo Stato come previsto dal sistema fiscale, la fa rientrare nella disponibilità del soggetto di partenza, che avrà recuperato l'intero importo. In questo caso il soggetto avrà una duplice possibilità: incassare l'Iva trasferendola all'estero come "fondi neri" da riciclare; versarla parzialmente nel prodotto da vendere sul mercato, riducendone il prezzo e rendendolo commercialmente più appetibile sul piano concorrenziale.

È per questo che si parla di operazioni apparentemente "neutre", poiché il soggetto in questione acquista e cede al medesimo prezzo, per poi rientrare dell'Iva versata e che non finirà mai nelle casse dello Stato. Lo scopo finale è quello di generare un indebito credito d'imposta su ciascuna cessione che verrà fatta rientrare nella disponibilità del soggetto attraverso operazioni di riciclaggio ed investimento fittizio.

All'uopo, appare evidente che chiunque operi sfruttando il meccanismo della frode carosello tenda a dotarsi di una copertura contabile e documentale essenziale per perpetrare la frode e per far perdere le tracce del *paper trail* dell'operazione, con l'intento di rendere la stessa difficilmente riconducibile. Tale filiera dell'illecito avrà diversi riflessi sia sul piano economico, sia su quello criminologico.

Il primo riflesso concerne l'evidente danno perpetrato al fisco, ossia alla collettività, che ne risentirà pesantemente in termini di mancato versamento dell'Iva. Si ricordi che queste operazioni possono generare flussi di centinaia di milioni di euro ogni anno, con evidente squilibrio delle già precarie casse dello Stato. Dall'altro lato, sotto il profilo penale, rileva in funzione della violazione delle leggi antitrust. Di cruciale importanza è riconoscere il disequilibrio generato dall'impresa fraudolenta che metta sul mercato prodotti e servizi ad un costo inferiore, violando le regole di mercato e sfruttando un indebito vantaggio derivante dalla mancata cessione dell'Iva. Vantaggio che si traduce in uno svantaggio delle imprese concorrenti oneste che versano Iva allo Stato che non possono competere con i prezzi ribassati dell'impresa fraudolenta. Infine da rilevare il ruolo delle cd. società cartiere (ovvero di soggetto interposto tra il fornitore della merce ed il destinatario effettivo) e di quei meccanismi di riciclaggio che sottendono all'uso della frode, e che rigenerano denari altrimenti di per sé non utilizzabili.

4. L'esperienza nel nostro ordinamento e la responsabilità penale delle società

La Suprema Corte ha recentemente affermato in una sentenza che "il d.lgs. n. 231 del 2001 non costituisce un limite all'applicazione della confisca per equivalente dei beni dell'ente collettivo nelle ipotesi di reati tributari commessi dall'amministratore o dal legale rappresentante della società" [4].

Le norme tributarie divengono dunque mezzo di prevenzione e contrasto alle frodi carosello. Nel 2001 infatti il legislatore italiano ha recepito nel nostro ordinamento la cd. responsabilità amministrativa degli enti collettivi, ossia una responsabilità, non a caso, definita da più parti "parapenale" delle società, per reati compiuti dai propri rappresentanti a vantaggio della società stessa. Le disposizioni in questione si applicano: «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», mentre non si applicano «allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale». Ossia partiti politici e sindacati – come se l'epoca di "tangentopoli" non avesse insegnato nulla.

[4] Cfr., Cass. pen., sez. III, 7 giugno 2011, n. 28731.

Richiamando lo schema disposto all'art. 322 ter del codice penale, il legislatore del 2001 ha voluto replicare il meccanismo della confisca obbligatoria e, di conseguenza, del sequestro preventivo per equivalente. Questo coinvolge un duplice profilo: da un lato, non si richiede la prova della responsabilità penale, bastando invece gravi indizi di colpevolezza (il cd. *fumus* del reato); dall'altro, il sequestro per equivalente opera sui "beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo". Ciò risulta, ai nostri fini, applicabile ai reati coinvolti nella frode carosello: a titolo di esempio, la truffa ai danni dello Stato, l'usura, i reati contro la pubblica amministrazione, nonché reati transazionali.

Per correre ai ripari dalla crescente diffusione di tale modello criminoso, l'Unione europea ha fornito la sua personale interpretazione, proponendo l'estensione del Reverse charge come sistema deterrente di prevenzione della frode.

Il Reverse charge o inversione contabile, attualmente previsto per taluni specifici ambiti (negoziazioni in oro, ad esempio), è un sistema di elisione della detrazione dell'Iva e consiste nell'inversione del pagamento Iva dall'emittente all'acquirente che riceve la fattura. Sarà quest'ultimo poi a registrarne il pagamento: in tal modo sarà solo l'utente finale a pagarla.

A tal fine, appare di particolare interesse la statuizione della nostra Corte di Cassazione, la quale ha ulteriormente affermato che, nell'ambito di un'inchiesta per frode carosello, "in particolare, per quanto attiene alla materia dei reati tributari, è stata confermata da tempo la piena legittimità del sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, delle somme di denaro che avrebbero dovuto essere impiegate nel pagamento dei tributi dovuti, in quanto "la confisca di somme di denaro, beni o valori è consentita anche in relazione al profitto del reato". "Tra l'altro l'ampiezza dei beni che possono essere aggrediti in caso di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente è stata sottolineata in giurisprudenza, che ha ritenuto incluso nell'oggetto del sequestro tutti i beni rientranti nella disponibilità dell'indagato"[5].

La stessa Cassazione in una precedente pronuncia aveva chiarito in tema di sequestro di beni provenienti da attività mafiose che per il sequestro non è affatto necessaria la dimostrazione del nesso di causalità tra presunzione della condotta e illiceità del profitto: è nel potere del giudice la possibilità di applicare la misura cautelare su qualsiasi bene nella disponibilità del reo[6].

[5] Cfr., Cass. pen., 19 aprile 2012, n. 15186.

[6] Cfr., Cass. pen., 19 agosto 2011, n. 32563.

5. Onere della prova nelle frodi carosello

A parere di chi scrive va preliminarmente chiarito, sul punto, che è censurabile, con riferimento all'art. 97, comma 2 Cost., la condotta dell'Amministrazione finanziaria che, accertata una frode carosello perpetrata diversi anni prima e la non rintracciabilità o solvibilità del soggetto fraudolento, si scagli, nel tentativo di recuperare il gettito perduto, indistintamente contro tutti i suoi cessionari, i quali saranno indubbiamente ostacolati, dal notevole tempo trascorso, a difendersi e a reperire documenti a prova della loro buona fede.

La Corte ribadisce, per chi nutra ancora qualche dubbio in proposito, che "spetta all'Amministrazione tributaria, che abbia constatato evasioni o irregolarità commesse dall'emittente della fattura, dimostrare, alla luce di elementi oggettivi e senza esigere dal destinatario della fattura verifiche che non gli incombono, che tale destinatario sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'operazione invocata per fondare il proprio diritto si iscriveva in un'evasione dell'IVA, circostanza che spetta al giudice verificare" (punto 50).

L'affermazione, già espressa in altre pronunce della Corte[7], dovrebbe mettere oramai una pietra tombale su due asserzioni, ancora oggi avanzate da alcune Agenzie delle entrate e alcuni anni fa anche dalla Corte di cassazione: quelle di addossare al contribuente l'onere di provare la propria *inscientia fraudis*[8] e di verificare la correttezza fiscale della sua controparte commerciale[9], assumendo quindi il ruolo di "poliziotto del Fisco"[10].

Ciò non significa rilasciare un passaporto per facili evasioni, che invece devono essere duramente contrastate. Anomalie nelle fatture o nei documenti

[7] Come nella sentenza 21 giugno 2012, causa C-80/11 e C-142/11, *Mahageben et David*, punti 60 e 61; sentenza 31 gennaio 2013, causa C-642/11, *Story trans*, punto 49, e nell'ord. 6 febbraio 2014, causa C-33/13, *Jagiello*, punti 38 e 39.

[8] Così Cass. trib., 11 aprile 2011, n. 8132, dove si addossa all'imprenditore «l'onere di provare di ... non essere stato in grado di abbandonare lo stato d'ignoranza sul carattere fraudolento delle operazioni degli altri soggetti collegati all'operazione», salvo riconoscere l'anno dopo che l'onere incombe sull'Amministrazione (Cass. trib., 20 dicembre 2012, n. 23560, punto 10.1, come poi ribadito nel principio di diritto enunciato nella sentenza 18 dicembre 2014, n. 26854).

[9] In alcuni accertamenti l'Amministrazione finanziaria ha sostenuto che un accorto imprenditore, in forza della diligenza professionale che ragionevolmente può in lui pretendersi, deve chiedere l'esibizione degli F24 a prova del versamento dell'IVA, compulsare la Centrale rischi, verificare la struttura della sede commerciale del suo dante causa, esaminare se sono stati pubblicati i bilanci d'esercizio e controllare l'economicità della gestione attraverso l'incidenza dei costi sui ricavi, dedurre elementi di giudizio dalle variazioni della sede sociale o del legale rappresentante o del numero dei dipendenti, accertarsi presso il PRA che l'automezzo utilizzato appartenga all'impresa del fornitore, verifiche che, in linea generale, non competono ad alcun imprenditore.

[10] R. Lupi, *Responsabilità delle aziende per fatto altrui*, in *Dialoghi Tributari*, 2013, p. 316.

di consegna emessi dal fornitore, l'identità di amministratori o sindaci o consulenti o dipendenti o loro coniugi, parenti o affini che operino nelle imprese venditrici come in quelle acquirenti, i rapporti commerciali o personali esistenti fra acquirente e fornitore del fornitore, i movimenti bancari di retrocessione di somme di denaro, le dichiarazioni rese dai dipendenti verbalizzate dalla Guardia di finanza o nei processi penali, le compravendite effettuate a prezzi significativamente inferiori a quelli di mercato[11], costituiscono elementi gravi, precisi e concordanti della partecipazione, conoscenza o conoscibilità della frode fiscale compiuta a monte o a valle dall'imprenditore che pur si dichiari estraneo alla frode suddetta.

La prova deve quindi vertere su fatti o su condotte, dai quali possano trarsi presunzioni qualificate, avendo tuttavia riguardo all'avvertimento contenuto nell'art. 2729, comma 1, c.c., che impone al giudice una valutazione delle presunzioni con "prudenza", particolarmente necessaria quando la prova indiziaria si fondi su elementi soggettivi e psicologici, come quelli attinenti la mera conoscibilità della frode; essa non può essere estensivamente intesa come semplice capacità di conoscere, ma come una situazione di fatto che conduca, con un ragionamento di alta probabilità, all'effettiva conoscenza.

L'approccio al problema dischiude due finalità e delinea due facce di una sola medaglia: la lotta all'evasione fiscale, particolarmente odiosa perché fondata sul guadagno illecito conseguito mediante sottrazione artificiosa di imposte corrisposte da altri contribuenti, e la tutela del diritto alla detrazione dell'IVA da parte dell'imprenditore onesto, condizione per l'applicazione di un'imposta neutrale sugli scambi in un mercato attivo. Compito del giudice è quello di tutelare imparzialmente e in un equo processo i diritti di ambedue le parti in causa, ma non l'interesse del Fisco a recuperare il gettito perduto per avere scoperto la frode quando "i buoi erano scappati dalla stalla", avvalorando presunzioni secondo cui tutti coloro che erano nelle vicinanze ne erano a conoscenza e avevano contribuito in un qualche modo all'apertura della stalla.

Deve convenirsi che, in determinate circostanze, l'obbligo di una qualche attività investigativa incomba sull'imprenditore. Così infatti si è espressa la Corte: «se è vero che tale soggetto passivo può vedersi obbligato, quando disponga di indizi che consentono di sospettare l'esistenza di irregolarità o di evasione, ad assumere informazioni sull'operatore presso il quale intende acquistare beni o servizi al fine di sincerarsi della sua affidabilità, l'Amministrazione tributaria non può tuttavia esigere in maniera generale che detto soggetto passivo, da un lato, al fine di assicurarsi che non sussistano irregolarità o evasioni a livello degli operatori a monte, verifichi che l'emittente della fattura correlata ai beni e ai servizi a titolo dei quali viene richiesto l'esercizio di tale diritto disponesse dei beni di cui trattasi e fosse in grado di fornirli e che abbia soddisfatto i propri obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'IVA, e, dall'altro lato, disponga di documenti a tale riguardo» (punto 53).

La statuizione della Corte è la naturale conseguenza di un percorso logico magistralmente condotto dagli giudici lussemburghesi. Le disposizioni della sesta Direttiva impediscono che venga negata ad un soggetto passivo il diritto di detrarre l'IVA addebitatagli per l'acquisto di beni da altro soggetto passivo, solo perché privo di struttura od organizzazione così da essere considerato nella sostanza imprenditore inesistente, "tranne nel caso in cui si dimostri [da parte del Fisco], alla luce di elementi oggettivi e senza esigere dal soggetto passivo verifiche che non gli incombono, che tale soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che detta cessione si iscriveva in un'evasione d'imposta sul valore aggiunto". Dall'annotata sentenza gli imprenditori onesti non possono che tirare un sospiro di sollievo e riprendere il loro mestiere senza il timore di essere travolti da accertamenti che, per l'ammontare dell'imposta pretesa e per il disfavore che essi creano ai fini degli affidamenti creditizi, spesso mettono in pericolo la sopravvivenza della loro impresa.

Un'ultima annotazione appare d'obbligo con riferimento alla nostra giurisprudenza di legittimità. Sul punto, la nostra Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 5313/2015[12], precisa i criteri di riparto dell'onere

[11] L'acquisto a prezzi inferiori al valore normale rende il compratore solidalmente responsabile del pagamento dell'IVA (ma non delle sanzioni) dovuta all'Erario dal venditore (art. 60-*bis*, comma 2, D.P.R. n. 633/1972). Deve ritenersi che il solo acquisto a prezzi inferiori al valore normale possa essere sanzionato esclusivamente dalla norma citata e non anche col disconoscimento della detrazione dell'IVA sulle fatture del venditore evasore e con l'applicazione della sanzione per omesso versamento o indebita compensazione: sul punto vedasi G. Terenghi, *L'IVA tripla*, in *Boll. trib. inf.*, 2014, p. 1758.

[12] Cfr. Cass. trib., 17 marzo 2015, ordinanza n. 5313. Il fatto trae origine dal contenzioso instaurato tra una società e l'Agenzia delle Entrate. La C.T.R., riformando la sentenza di primo grado, ha annullato un avviso di accertamento relativo all'anno d'imposta 2002 con il quale l'Ufficio aveva contestato alla contribuente la registrazione di fatture di acquisto emesse per operazioni soggettivamente inesistenti dalla società (ritenuta dall'Agenzia delle Entrate una mera "cartiera") e, conseguentemente, aveva contestato la deducibilità ai fini IRAP degli importi fatturati e la detraibilità dell'IVA versata, procedendo ai conseguenti recuperi e sanzioni. Contro la sentenza proponeva ricorso per cassazione l'Agenzia delle Entrate – con il quale la sentenza viene censurata solo in relazione alla statuizione concernente l'annullamento della ripresa fiscale per IVA e relative sanzioni – in particolare deducendo che avrebbe errato la Commissione Regionale nel non applicare le regole di riparto dell'onere della prova in materia di operazioni soggettivamente inesistenti, alla cui stregua, una volta che l'Amministrazione abbia fornito la prova, anche presuntiva, della natura di "cartiera" del soggetto apparentemente cedente (e, quindi, dell'inesistenza soggettiva delle operazioni), spetta al

probatorio tra Fisco e contribuente, nelle frodi triangolari o nelle frodi carosello.

In particolare, nella indicata pronuncia, gli Ermellini osservano che i principi di ripartizione dell'onere probatorio in materia sono stati disattesi dalla CTR, laddove essa ha giudicato insufficienti le prove offerte dall'Ufficio in quanto «fondate su presunzioni semplici», invece che su «valide e documentate prove», concludendo che «l'Agenzia delle Entrate, fondando l'accertamento su semplici presunzioni, non ha fornito nessun elemento certo e preciso di prova in ordine all'inesistenza del terzo interpositore (cedente)»; in tal modo la sentenza, negando che l'Ufficio possa adempiere al proprio onere probatorio anche mediante presunzioni, è incorsa nel vizio di violazione di legge[13].

Di rilievo le conseguenze pratiche della sentenza. Qualora sia contestata l'inesistenza soggettiva dell'operazione, grava sull'Amministrazione finanziaria l'onere di provare, anche in via presuntiva, *ex* art. 2727 c.c., l'interposizione fittizia del cedente ovvero la frode fiscale realizzata a monte dell'operazione, eventualmente da altri soggetti, nonché la conoscenza o conoscibilità da parte del cessionario della frode commessa; spetta, invece, al contribuente che intende esercitare il diritto alla detrazione o al rimborso, provare la corrispondenza anche soggettiva dell'operazione di cui alla fattura con quella in concreto realizzata ovvero l'incolpevole affidamento sulla regolarità fiscale, ingenerato dalla condotta del cedente.

contribuente di provare il proprio incolpevole affidamento, a nulla rilevando la regolarità documentale delle fatture. La Cassazione ha accolto il ricorso dell'Erario.

[13] In caso di apparente regolarità contabile della fattura, dotata dei requisiti di legge, l'onere della prova grava sull'Ufficio, che deve provare: gli elementi di fatto della frode, attinenti il cedente, ovvero la sua natura di "cartiera", l'inesistenza di una struttura autonoma operativa, il mancato pagamento dell'IVA come modalità preordinata al conseguimento di un utile nel meccanismo fraudolento e simili; la connivenza nella frode da parte del cessionario, non necessariamente però con prova "certa" ed incontrovertibile, bensì con presunzioni semplici, purché dotati del requisito di gravità precisione e concordanza, consistenti nella esposizione di elementi obiettivi, tali da porre sull'avviso qualsiasi imprenditore onesto e mediamente esperto sull'inesistenza sostanziale del contraente, il quale non può non rilevarla e peraltro deve coglierla, per il dovere di accortezza e diligenza insito nell'esercizio di una attività imprenditoriale e commerciale qualificata. Qualora, con giudizio di fatto rimesso al giudice del merito, l'Amministrazione abbia fornito una prova in tali termini, l'onere a carico della medesima si intende assolto e grava sul contribuente l'onere della prova contraria.

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea

DIRITTO INTERNAZIONALE

Diritto alla libertà e alla sicurezza garantito dall'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Art. 35, par. 1 della CEDU – Regola del previo esaurimento dei ricorsi interni – Ricorso alla Corte Costituzionale

La Corte europea dei diritti dell'uomo sbarra la strada ai ricorsi contro la Turchia per le misure post golpe malgrado l'allarme degli organismi internazionali. La Corte di Strasburgo non vede nessuna circostanza speciale per ritenere che il ricorso a Strasburgo di una giudice turca, rimossa dall'incarico all'indomani del tentato golpe del 15 luglio e arrestata nell'ondata repressiva di Erdogan, possa essere dichiarato ricevibile senza che la ricorrente abbia esperito i ricorsi interni e, in particolare, alla Corte costituzionale turca.

Corte E.D.U., decisione del 17 novembre, ricorso n. 56511/16, *Caso Mercan contro Turchia*

Nonostante gli arresti di massa di magistrati, giornalisti, accademici, attivisti dei diritti umani, la Corte europea di Strasburgo sbarra la strada ai ricorsi contro la Turchia per le misure post golpe malgrado l'allarme degli organismi internazionali, segno che, per la Corte il sistema giudiziario turco rispetta gli standard convenzionali. Porte chiuse, quindi, per il ricorso presentato dalla giudice che era stata rimossa dal suo incarico e posta in custodia cautelare dopo il tentativo di colpo di Stato del 15 luglio, che aveva portato le autorità nazionali a destituire dalle proprie funzioni ben 2.900 magistrati. La donna si era rivolta alla Corte di assise di Ordu (Turchia), ma la sua azione era stata respinta. Di qui il ricorso alla Corte europea per violazione, da parte della Turchia, del diritto alla libertà e alla sicurezza garantito dall'articolo 5 della Convenzione europea: la donna, infatti, sosteneva di essere stata sottoposta a una misura detentiva senza alcuna prova e senza che le autorità inquirenti le avessero fornito alcuna indicazione dei motivi dell'arresto. In particolare, la ricorrente sosteneva la necessità di adire subito, per far valere i propri diritti, la Corte europea in ragione dell'ineffettività del ricorso alla Corte costituzionale, tenendo conto del contesto di gravi repressioni nei confronti dei magistrati, culminati con l'arresto di due giudici della stessa Corte costituzionale. Un problema che per Strasburgo evidentemente non esiste, malgrado Ankara abbia anche notificato la sospensione dell'applicazione della Convenzione in base all'articolo 15.

La Corte europea, infatti, richiama altri precedenti relativi però a una fase in cui non erano state adottate le misure speciali dopo il tentato colpo di Stato. Il timore circa la mancanza di imparzialità dei giudici – osserva Strasburgo – non solleva la ricorrente da presentare prima il ricorso alla Corte costituzionale, come previsto dall'articolo 35, par. 1 della Convenzione europea. Nel presente caso, secondo i giudici internazionali, non vi sono motivi per discostarsi dalla giurisprudenza consolidata che ha già giudicato i ricorsi alla Corte costituzionale turca come effettivi. Inoltre, per Strasburgo gli argomenti avanzati dall'interessata circa l'esistenza di circostanze particolari proprio a causa delle reazioni del Governo "non consentono di far dubitare *prima facie* dell'effettività dei ricorsi dinanzi alla Corte costituzionale".

Una posizione allarmante e sconcertante perché se la Corte non vede in quest'occasione i motivi per non considerare ineffettivi i ricorsi interni non è chiaro quando lo farà. Intanto il Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) ha adottato, il 10 novembre, una dichiarazione con la quale sottolinea le preoccupazioni per lo stato del diritto e degli operatori del settore in Turchia e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha inviato un Comitato, guidato da Mogens Jensen, per accertare la situazione, evidentemente per nulla rassicurata dalle dichiarazioni dei rappresentanti turchi. Senza dimenticare l'importante dichiarazione del Presidente del *Mechanism for International Criminal Tribunals Theodor* Meron che, nel corso della presentazione del quarto rapporto annuale sull'attività del Meccanismo dinanzi all'Assemblea generale dell'Onu ha additato il comportamento delle autorità turche che hanno arrestato il giudice del Meccanismo internazionale, Aydin Sefa Akay, detenuto dal 21 settembre. Meron ha chiesto alla Turchia il rispetto effettivo degli obblighi internazionali in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e l'immediata scarcerazione del giudice Akay. Sembra evidente che, anche alla luce di questi atti, la decisione della Corte europea è criticabile e con un evidente errore di valutazione.

Violazione art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Sistema carcerario - Spazio da destinare ai detenuti – Divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti

La Corte di cassazione, prima sezione penale, con la depositata il 13 dicembre, dà piena applicazione alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dal caso Torregiani e lo fa chiarendo il corretto calcolo dello spazio da destinare ai detenuti per non incorrere in una violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.

Cass., sez. I pen., sentenza n. 52819/16

La Cassazione precisa le modalità di calcolo dello spazio minimo in carcere in modo conforme a Strasburgo. Con ordinanza del 2 ottobre 2014, il Tribunale di sorveglianza di Perugia aveva respinto il reclamo (azione inibitoria e risarcitoria) di un detenuto che contestava le condizioni carcerarie provocate dal sovraffollamento. Per il Tribunale, nel calcolo dello spazio destinato al singolo occupante andava incluso il letto che non limita lo spazio vitale, mentre andavano esclusi dal computo della superficie unicamente altre strutture fisse come manufatti e mensole e lo spazio dedicato al bagno. Il criterio di misurazione deciso dal Tribunale aveva portato a escludere un trattamento disumano e degradante perché lo spazio minimo era tra i 3 e i 4 metri quadrati. In modo singolare, tra l'altro, il Tribunale effettuava una compensazione tra acqua calda (assente) e la doccia esterna con acqua calda. Una posizione bocciata dalla Cassazione che ha escluso ogni possibilità di compensazione e ha chiarito che nello spazio minimo vanno considerate tutte le strutture fisse incluso il letto che, quindi, sottrae lo spazio a disposizione del detenuto.

Per le modalità di calcolo dello spazio minimo vitale concesso a un individuo posto in una cella collettiva, la Cassazione ha richiamato la prassi di Strasburgo. Chiara la posizione della Corte europea: al di sotto dei 3 metri quadrati si verifica in modo automatico una violazione dell'articolo 3 della Convenzione, senza possibilità di "compensazioni derivanti dalla bontà della residua offerta di servizi o di spazi esterni alla cella". Tra l'altro, osserva la Suprema Corte, il letto deve essere considerato come "un ingombro a idoneo a restringere" lo spazio vitale minimo all'interno della cella.

Ed invero, – scrive la Cassazione – considerare "superficie utile quella occupata dal letto per finalità di riposo o di attività sedentaria che non soddisfano la primaria esigenza di movimento" non è conforme ai criteri delineati dalla Corte europea, con la conseguenza che non può rientrare nella nozione di spazio minimo individuale. Così, andavano detratti dalla superficie complessiva non solo il bagno e gli arredi ma anche lo spazio occupato dal letto. Pertanto, tenendo conto dell'interpretazione della Corte europea in base alla quale il giudice interno "ha l'obbligo di ritenere un dato integrativo del precetto", sussiste una "forte presunzione di trattamento inumano e degradante, superabile solo attraverso l'esame congiunto e analitico delle complessive condizioni detentive e della durata di tale restrizione dello spazio minimo". Di qui l'annullamento con rinvio per un nuovo calcolo dello spazio minimo.

Libertà di stampa – Violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia delle libertà fondamentali (CEDU) –– Il diritto alla libertà di espressione –Reato di diffamazione

Gli standard applicati dai giudici nazionali nei casi di azioni civili per diffamazione, non conformi a quelli individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e ormai consolidati, portano in modo sicuro a una condanna dello Stato per violazione della libertà di stampa.

Corte E.D.U., sentenza del 13 dicembre 2016, ricorso n. 9406/05, *Case of Kunitsyna v. Russia*

Questa volta sotto la scure di Strasburgo è finita la Russia condannata, con sentenza del 13 dicembre 2016, per violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea che assicura il diritto alla libertà di espressione. A rivolgersi alla Corte europea una giornalista *freelance* russa condannata a versare 258 euro (poi ridotti a 158) nel corso di un procedimento civile per diffamazione. A citare in giudizio la giornalista erano stati alcuni familiari, incluso un ex deputato della Duma, che si erano ritenuti diffamati dall'articolo della giornalista sulle condizioni di vita in una casa di riposo in cui soggiornava la madre del politico. Nell'articolo si denunciavano le difficoltà della casa di riposo, il poco personale presente e la circostanza che alcuni residenti erano di fatto abbandonati dai familiari. Un medico aveva parlato apertamente di mancanza di compassione dei familiari che avevano collocato i parenti nella casa di riposo. Citata in giudizio in sede civile, la giornalista era stata ritenuta responsabile di diffamazione. Di qui l'azione a Strasburgo che ha dato ragione alla reporter. La Corte europea parte compiendo un test sulla necessità dell'ingerenza per verificare se era giustificata da un bisogno sociale imperativo, se le giustificazioni che hanno portato alla restrizione della libertà di stampa erano rilevanti e sufficienti e se dette limitazioni erano proporzionate al fine legittimo. È evidente la violazione della Convenzione – osserva la Corte – perché il sistema russo non distingue tra giudizio di fatto e di valore. Non solo. I giudici nazionali non hanno agito in modo conforme alla Convenzione perché non hanno valutato la buona fede del giornalista, non hanno considerato l'obiettivo perseguito e non hanno tenuto conto dell'interesse generale del contenuto dell'articolo. Strasburgo giunge così alla conclusione che i giudici nazionali russi, non prendendo in considerazione e non applicando i parametri stabiliti dalla Corte europea, hanno commesso

una violazione dell'articolo 10. Lo Stato è stato tenuto a risarcire la cronista per il danno materiale quantificato in 330 euro più 1.000 euro per le spese processuali.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2005/29/CE – Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori – Pratica commerciale ingannevole – Sistema di promozione a carattere piramidale – Partecipazioni versate da nuovi aderenti e corrispettivi ricevuti dagli aderenti già presenti – Legame finanziario indiretto

L'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, consente di qualificare una pratica commerciale come «sistema di promozione a carattere piramidale» anche nell'ipotesi in cui sussiste solo un legame indiretto tra le partecipazioni versate da nuovi aderenti a tale sistema e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già presenti.

Corte giust., Sesta Sezione, sentenza 15 dicembre 2016, causa C-667/15, *Nationale Loterij*[1]

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno[2].

Loterie Nationale (una società per azioni di diritto pubblico stabilita in Belgio, ove è incaricata dell'organizzazione delle lotterie pubbliche), con ricorso presentato dinanzi al giudice commerciale di Anversa, intendeva far dichiarare il sistema Lucky 4 All un sistema di promozione a carattere piramidale vietato o, quantomeno, una pratica commerciale ingannevole. Con decisione del 7 ottobre 2014, questo giudice ha constatato che l'attuazione e la promozione del gioco impugnato costituiscono effettivamente una pratica commerciale ingannevole. Di contro, il giudice adito ha ritenuto che non risultasse acclarato che il finanziamento del corrispettivo versato agli aderenti esistenti nel sistema *de quo* dipendeva «essenzialmente» o «principalmente» dalla partecipazione finanziaria dei nuovi aderenti. Seguiva appello avverso tale decisione dinanzi alla Corte d'appello di Anversa.

Il giudice di secondo grado ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte UE una questione pregiudiziale al fine di chiarire se l'applicazione del punto 14 dell'allegato I della direttiva 2005/29 richieda che un gioco sia considerato a carattere piramidale vietato soltanto se l'avveramento della promessa di beneficio finanziario nei confronti di membri già esistenti dipende essenzialmente o principalmente dal pagamento diretto dei contributi finanziari dei nuovi membri ("nesso diretto"), oppure dipenda essenzialmente o principalmente da un pagamento indiretto mediante i contributi finanziari dei membri già esistenti, ossia senza che i membri già esistenti percepiscano il loro corrispettivo essenzialmente o principalmente dalla vendita o dal consumo di loro beni o servizi, ma dipendano, essenzialmente o principalmente, dall'entrata e dai contributi di nuovi membri ("nesso indiretto").

La Corte UE ha già avuto modo di affermare che il divieto di «sistemi di promozione a carattere piramidale» ai sensi dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29 si fonda su tre condizioni cumulative. Innanzitutto, la promozione è basata sulla promessa che il consumatore avrà la possibilità di realizzare un beneficio economico. Poi, l'avveramento di tale promessa dipende dall'ingresso di altri consumatori nel sistema. Infine, la parte più consistente delle entrate che consentono di finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori non risulta da un'attività economica reale (Corte giust. 3 aprile 2014, causa C-515/12, *4finance*, EU:C:2014:211).

La risposta del giudice UE è in linea con la propria giurisprudenza *4finance* alla quale, tuttavia, la Corte non manca di aggiungere un ulteriore ed importante chiarimento. Nello specifico, la Corte lussemburghese ricorda che, in assenza di una reale attività economica che consenta di generare entrate a sufficienza per finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori, un sistema di promozione a carattere piramidale inevitabilmente si fonda sul contributo economico dei suoi partecipanti, giacché la possibilità che un aderente a detto sistema ottenga un corrispettivo dipende principalmente da quanto versato dagli ulteriori aderenti (Corte giust. 4 aprile 2014, causa C-515/12, *4finance*, EU:C:2014:211, cit.).

A giudizio della Corte, un sistema di questo genere presenta inevitabilmente «carattere piramidale» nel senso che «la sua perpetuazione richiede l'adesione di un numero sempre crescente di nuovi partecipanti onde finanziare i corrispettivi versati ai membri già presenti. Esso implica altresì che gli aderenti più recenti sono meno suscettibili di ricevere un corrispettivo a fronte della loro partecipazione. Tale sistema cessa di essere redditizio

[1] Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: *http://curia.europa.eu/*.

[2] GU 2005, L 149, p. 22.

allorché la crescita del numero degli aderenti, che teoricamente dovrebbe tendere all'infinito affinché il sistema perduri, non basta più a finanziare i corrispettivi promessi a tutti i partecipanti». Ne segue che la qualifica di «sistema di promozione a carattere piramidale» nell'accezione dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29 richiede che gli aderenti a tale sistema versino un contributo finanziario. E che tale qualificazione postula l'esistenza di un nesso tra i contributi versati da nuovi aderenti e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già esistenti, come acclarato dalla giurisprudenza *4finance*.

Per quanto riguarda la natura di questo nesso, il giudice UE chiarisce che, in ragione delle diverse versioni linguistiche dell'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29, il finanziamento del corrispettivo che un consumatore può percepire dipende «essenzialmente» o «principalmente» dai contributi versati in seguito da nuovi partecipanti al sistema. «Per contro, non può dedursi dal tenore letterale di questa disposizione che il nesso finanziario imposto debba necessariamente essere diretto. Quel che rileva è la qualificazione come «essenziale» o «principale» delle partecipazioni versate da nuovi partecipanti a un siffatto sistema. L'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29 è pertanto applicabile a un sistema in cui sussiste un nesso indiretto tra le partecipazioni versate da nuovi aderenti e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già presenti. Peraltro, una diversa interpretazione di tale disposizione rischierebbe di privarla del suo effetto utile, dato che l'esigenza di un nesso diretto consentirebbe di eludere facilmente il divieto assoluto dei sistemi di promozione a carattere piramidale».

Quanto al nesso finanziario necessario perché sussista una siffatta «promozione a carattere piramidale», la Corte osserva che «la possibilità di vincita è legata all'apporto illimitato di nuovi giocatori al sistema […], che a sua volta è subordinato al diritto di adesione e a puntate regolari. Inoltre, risulta che anche l'apposizione di un tetto alle vincite, la cui probabilità aumenta in funzione del numero di giocatori, contribuisca al finanziamento di un siffatto sistema. Un siffatto nesso finanziario risulta come indiretto ma certo». Un simile sistema presenta i requisiti propri di una «pratica commerciale» ai sensi dell'allegato I della direttiva 2005/29, dato che ha lo scopo di generare un profitto per il sistema stesso, vale a dire per i promotori del sistema e non solo per i giocatori.

In definitiva, l'allegato I, punto 14, della direttiva 2005/29 consente di qualificare una pratica commerciale come «sistema di promozione a carattere piramidale» anche nell'ipotesi in cui sussiste solo un legame indiretto tra le partecipazioni versate da nuovi aderenti a tale sistema e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già presenti.

Rinvio pregiudiziale – Marchio dell'Unione europea – Regolamento (CE) n. 207/2009 – Articolo 9, paragrafo 1, lettera b) – Articolo 15, paragrafo 1 – Articolo 51, paragrafo 1, lettera a) – Portata del diritto esclusivo concesso al titolare – Periodo quinquennale successivo alla registrazione

L'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio [dell'Unione europea], in combinato disposto con l'articolo 15, paragrafo 1, e con l'articolo 51, paragrafo 1, lettera a), di tale regolamento, dev'essere interpretato nel senso che, nel corso del periodo di cinque anni che segue la registrazione di un marchio dell'Unione europea, il suo titolare può, in caso di rischio di confusione, vietare ai terzi di usare nel commercio un segno identico o simile al suo marchio per tutti i prodotti e servizi identici o simili a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, senza dover dimostrare un uso effettivo di detto marchio per tali prodotti o tali servizi.

Corte giust., sez. II, 21 dicembre 2016, causa C-654/15, L Ab c. M a/s

Il provvedimento della Corte trae origine da un rinvio pregiudiziale della Högsta domstol (Corte suprema svedese) che è intervenuta in una controversia tra la società L, titolare di un marchio UE regolarmente registrato nel gennaio 2008 e la società M che ha registrato invece il proprio marchio nel 2009 avendolo cominciato però ad utilizzare nel corso del 2007.

Il procedimento di I grado dinanzi al Tribunale di Stoccolma ha visto la ricorrente vittoriosa mentre la Corte d'Appello dello Svea, riformando la sentenza, ha ritenuto che concretamente dovesse esaminarsi l'attività effettivamente svolta dalle parti e che all'esito di tale esame non sussistessero reali pericoli di confusione tra i due marchi.

La società ricorrente si è quindi rivolta alla Corte Suprema sostenendo che la valutazione del rischio di confusione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 207/2009 doveva essere basata, nel corso del periodo di cinque anni che segue la registrazione di un marchio dell'Unione europea, esclusivamente su tale registrazione e non sull'uso reale di detto marchio.

La società resistente ha infatti eccepito il mancato uso per cinque anni del marchi da parte della ricorrente e dunque la decadenza del marchio registrato.

La Corte Suprema ha posto ai giudici del Lussemburgo le seguenti questioni: 1) Se pregiudichi il diritto esclusivo del titolare la circostanza che, nel corso del periodo di cinque anni successivo alla registrazione, questi non abbia fatto serio uso del marchio nell'Unione europea per i prodotti o i servizi previsti dalla registrazione; 2) Qualora la questione sub 1) debba ricevere risposta affermativa, in presenza di quali circostanze e in qual modo

tale situazione pregiudichi detto diritto esclusivo, ritenendo che la giurisprudenza della Corte non consente di determinare l'importanza che va accordata, ai fini dell'applicazione della norma richiamata, alla registrazione rispetto all'uso reale di un marchio dell'Unione europea allorché un terzo utilizzi nel commercio, senza autorizzazione, un segno simile a tale marchio per il periodo di cinque anni che segue la sua registrazione.

La Corte dell'Unione ha ricordato che, nell'ipotesi in cui, entro cinque anni dalla sua registrazione, il marchio dell'Unione europea non sia stato oggetto di un uso effettivo nell'Unione da parte del titolare, per i prodotti o i servizi per i quali è stato registrato, oppure se tale uso è stato sospeso per un periodo ininterrotto di cinque anni, tale marchio è sottoposto alle sanzioni previste dal regolamento suddetto, salvo che il titolare possa far valere motivi legittimi per il mancato uso (art. 15, paragrafo1, del regolamento n. 207/2009). In tale ipotesi, il titolare del marchio dell'Unione europea è dichiarato decaduto ai suoi diritti, su domanda presentata all'EUIPO o su domanda riconvenzionale in un'azione per contraffazione.

La sanzione della decadenza si spiega con la considerazione che sarebbe ingiustificato che un marchio non utilizzato ostacolasse la concorrenza limitando il novero dei segni che possono essere registrati come marchi da altri e privando i concorrenti della possibilità di utilizzare un segno identico o simile a tale marchio al momento di immettere nel mercato interno prodotti o servizi identici o simili a quelli contraddistinti dal marchio in questione (CGUE 19 dicembre 2012, Leno Merken, C-149/11, EU:C:2012:816, punto 32, e CGUE 26 settembre 2013, Centrotherm Systemtechnik/UAMI e Centrotherm Clean Solutions, C-610/11 P, EU:C:2013:593, punto 54).

Secondo i giudici del Lussemburgo, quindi, al titolare del marchio è concesso da tali disposizioni un termine di grazia per intraprendere un uso effettivo del proprio marchio, entro il quale egli può avvalersi del diritto esclusivo da esso conferito, a titolo dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento in parola, per la totalità dei prodotti e servizi suddetti e senza dover dimostrare tale uso.

La Corte quindi conclude che occorre valutare, nel corso del periodo di cinque anni successivo alla registrazione del marchio dell'Unione europea, la portata del diritto esclusivo conferito in forza di tale disposizione facendo riferimento ai prodotti e servizi quali previsti dalla registrazione del marchio e non rispetto all'uso che il titolare può aver fatto del marchio in questione nel corso di tale periodo.

Ordinamento giudiziario

Sintesi degli atti processuali e prospettive de iure condendo: tanto rumore per nulla? 1420
di Luigi Levita

Luigi Levita
Magistrato e Professore a contratto di Ordinamento Giudiziario presso l'Università Telematica Pegaso

Sintesi degli atti processuali e prospettive *de iure condendo*: tanto rumore per nulla?

Insediatosi a seguito del decreto ministeriale del 9.2.2016, il Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali ha licenziato in data 1.12.2016 la sua Relazione conclusiva, affidando – in nome della sintesi – a ben 47 pagine l'esplicitazione delle proprie riflessioni e delle conseguenti proposte operative de iure condendo.

Tuttavia, prima di svolgere qualche umile e svolazzante digressione sui contenuti della Relazione e sulla fattibilità concreta di una rivisitazione normativa che innalzi la brevitas ad abusata stella polare delle aule di giustizia, l'operatore quotidiano di quelle stesse aule non può non porsi una prima, preliminare domanda: è davvero la sintesi degli atti processuali la panacea?

Certo, si cadrebbe nel benaltrismo se si spostasse maliziosamente il fulcro del ragionamento, individuando aliunde i mali della giustizia civile e penale nella carenza di risorse, nella perenne inadeguatezza delle infrastrutture fisiche ed informatiche, nell'abnorme domanda di giustizia e nella gestione problematica dell'arretrato, nella conseguente ed ineluttabile deriva burocratica che ha fagocitato – dietro il paravento dell'efficientismo – i dirigenti degli uffici giudiziari e, di riflesso, i singoli magistrati.

Emblematiche appaiono le considerazioni, fra le tante di questi ultimi anni, di Gioacchino Romeo (Allegria di naufragi: dove va la Corte di Cassazione?, in Diritto Penale Contemporaneo, 2015), tanto da non necessitare di alcuna esplicazione: "Infine, e sul punto non si può non concordare in toto con la relazione Agrò, la Corte è arrivata a un punto di non ritorno: non è pensabile, dinanzi alle prove di assoluta abnegazione fornite dai suoi giudici negli ultimi quindici anni, di proporre aumenti di lavoro, se è vero – come riferito dal Segretario Generale Ippolito – che il 45% delle udienze penali termina alle 19 e il 25% tra le 21 e le 23".

Eppure, anche volendo obliterare per un momento queste ed altre problematiche, e pur facendo ogni sforzo per affrontare con lucidità argomentativa la tematica – invero non recente – della rincorsa alla sintesi processuale, appare davvero complicato approcciarsi alle sue infinite sfaccettature senza una velatura di malcelato pessimismo, vieppiù amplificato dalla recente esperienza dei Protocolli operativi fra Corte di Cassazione, Consiglio Nazionale Forense, Procura Generale della Suprema Corte ed Avvocatura dello Stato (i quali consegnano, ad onore del vero, l'impressione di una deriva endemica alla quale si tenta di porre rimedio con angusti pannicelli tiepidi).

Né autorizza alla fiducia il recente e ben noto decreto n. 136/2016 emanato dal Primo Presidente della Suprema Corte, il quale, fra l'altro, preso atto di una situazione di crisi drammatica degli uffici di legittimità, "… dispone che i Presidenti di Sezione e i Presidenti dei collegi giudicanti debbono curare … che la redazione dei provvedimenti sia conforme ai canoni sopra indicati…"; " … invita i Presidenti di Sezione a curare la predisposizione e la diffusione di provvedimenti – tipo idonei a fungere da esempio di motivazione semplificata …", segnando un emblematico esempio di moral suasion che non mancherà di irrigidire le strutture argomentative delle decisioni di legittimità, ormai protese verso una inevitabile omogeneizzazione della cui utilità, in termini di sviluppo complessivo dell'ordinamento giuridico e di tutela dei nuovi diritti, è lecito fondatamente dubitare.

Pare quindi evidente come, in epoca di scarsità delle risorse umane e strumentali, si tenti meritoriamente di spuntare il massimo risultato possibile dal quotidiano e sovrumano sforzo degli attori del processo, anche mediante la succitata, esasperata tensione alla redazione di atti processuali sintetici.

Sul punto, la Relazione in commento, sia nel settore civile che in quello penale, manifesta prioritariamente l'esigenza di codificare il principio di sinteticità degli atti, la cui pur espressa e futuribile enunciazione – a sommesso avviso di chi scrive – rischia di restare collocata nell'empireo delle aspirazioni e di rivestire conseguentemente un mero ruolo declamatorio, se alla sua inosservanza non si ricollega, se non un meccanismo lato sensu sanzionatorio, quantomeno una conseguenza astrattamente pregiudizievole per che si renda protagonista di una violazione del sacro canone della sintesi (tanto più che lo stesso Gruppo di lavoro, nel licenziare le proprie peculiari riflessioni con riguardo all'ambito civile, non può non riconoscere che già la legislazione vigente da più parti prescrive un onere di sintesi e chiarezza degli atti processuali, e che "…È stato tuttavia espressamente previsto che il solo mancato rispetto delle previsioni dei protocolli non possa essere causa di inammissibilità o di qual-

siasi altra sanzione". Nihil sub sole novi, a quanto pare).

Ed infatti, pur a voler leggere con la massima buona disposizione possibile il complesso delle riflessioni elaborate dal Gruppo nel settore civile, l'impressione che se ne trae è di una cospicua serie di consigli del buon padre di famiglia (ad esempio, pag. 23: "… una eccessiva lunghezza della pronuncia, quando non è funzionale a scandire i passaggi di una interpretazione offerta su temi particolarmente complessi o di particolare respiro, non aiuta alla comprensione della posizione che vi viene espressa"; pag. 19, a proposito dell'appello: "… Nel merito, la motivazione deve ovviamente affrontare tutti i motivi di impugnazione, che tuttavia possono essere esaminati dal collegio anche discostandosi dalla successione seguita dall'appellante…"), tanto generali ed astratti da non poter non essere condivisi da qualsiasi operatore minimamente avveduto, ma che lasciano un forte senso di vaghezza all'esito della rassegna.

Eppure, già le sole criticità manifestate dall'entrata a regime del processo civile telematico avrebbero autorizzato ad attendersi qualcosa in più: è infatti innegabile che l'odierna strutturazione del PCT, nonostante l'obiettivo miglioramento assicurato in alcuni settori, abbia indirettamente agevolato la già preesistente tendenza degli avvocati alla superfetazione ed alla dilatazione degli atti di parte, mediante un abuso delle potenzialità dello strumento, convintamente perpetrato – e favorito dalla semplicità del copia/incolla – nell'ottica di non escludere alcunché di asseritamente rilevante dal bagaglio conoscitivo del giudice. Con il risultato di creare memorie e comparse prolisse e non incisive, spesso slegate dal caso concreto e per questo complici – assieme al giudice, beninteso – dell'atavico male "strutturale" del processo civile italiano, che chi scrive sommessamente individua in una sequenza di atti, come prefigurata dal legislatore, che rende quasi fisiologica la "posticipazione del momento della decisione", anche su questioni preliminari ed organizzative che, se immediatamente affrontate, darebbero un impulso diverso ad ogni singolo processo pendente.

Né la prospettiva sembra migliorare allorché si scandagliano le riflessioni offerte dal Gruppo con specifico riferimento all'ambito penalistico, laddove – a volo d'uccello –, prendendo le mosse dall'imputazione quale fulcro del processo, si dice che "… Nell'attuare la sua funzione di selettore dei fatti rilevanti per dar corpo ad un'imputazione chiara e precisa, il pubblico ministero deve ovviamente evitare di formulare accuse generiche, inidonee a identificare l'episodio storico e a garantire un corretto contraddittorio" (pag. 27: ovviamente, si evidenzia); è infatti la stessa Relazione – dalla quale sarebbe lecito attendersi ipotesi di soluzione, tenuto conto soprattutto dell'assoluto spessore dei componenti, delle più diverse estrazioni – a tacere sul punto ("Non è questa la sede per scandagliare i possibili rimedi, anche sul piano della innovazione normativa, a fronte di richieste di giudizio formulate dal pubblico ministero in modo difettoso, per carente o insufficiente chiarezza e precisione del fatto reato o del fatto circostanziale descritto nell'imputazione. Ci si limita a segnalare che la riflessione del gruppo ha riguardato anche l'eventuale introduzione della possibilità che la precisazione dell'imputazione sia sollecitata dal giudice, d'ufficio o su eccezione della parte, e possa essere determinata dalla necessità di assicurare chiarezza e precisione del fatto contestato. Ma è tema complesso, cui dovrebbe riservarsi ulteriore approfondimento". Sì, proprio così: un ulteriore approfondimento…).

Lo stesso riepilogo delle proposte conclusive, del resto, consegna al disilluso lettore un pallido elenco di guidelines abbastanza ovvie e facilmente intuibili dal quivis de populo (rimeditazione della formazione universitaria; migliore selezione degli aspiranti magistrati; maggiore controllo dell'operato dei magistrati in sede di valutazione di professionalità – sic! – , giungendo addirittura a proporre un vaglio più penetrante della loro capacità di sintesi, con il rischio evidente di sovrapporre indebite valutazioni di merito a consolidati provvedimenti giurisdizionali; formazione continua degli operatori; raccolta ed implementazione di protocolli; qualche modifica normativa di facciata hinc et inde), per la cui elaborazione davvero non appariva necessario scomodare giudici di Cassazione, professori universitari, avvocati e linguisti tutti di chiara fama. "Così va spesso il mondo", ammoniva Manzoni …

Ministero della Giustizia

Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali

(decreti ministeriali 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016)

Coordinatore

Antonio Mura, Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia

Componenti

Simonetta Afeltra, consigliere della Corte d'appello di Firenze
Carmelo Barbieri, magistrato addetto all'Ufficio legislativo
Renato Bricchetti, presidente di sezione della Corte d'appello di Milano
Matilde Cammino, presidente di sezione della Corte di cassazione
Pietro Curzio, presidente di sezione della Corte di cassazione
Rosanna De Nictolis, presidente di sezione del Consiglio di Stato
Barbara Fabbrini, direttore generale del personale e della formazione
Renato Finocchi Ghersi, sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione
Francesco Mauro Iacoviello, avvocato generale presso la Procura generale della Corte di cassazione
Giovanni Mammone, presidente di sezione e segretario generale della Corte di cassazione
Enrico Marzaduri, professore ordinario di diritto processuale penale all'Università di Pisa
Vittoria Orlando, vice capo del Dipartimento per gli affari di giustizia
Ilaria Pagni, professore ordinario di diritto processuale civile all'Università di Firenze
Andrea Pasqualin, avvocato, Consiglio nazionale forense
Massimo Salvatorelli, vice avvocato generale dello Stato
Stefano Savi, avvocato, Consiglio nazionale forense
Angelica Scozia, avvocato, Foro di Torino
Enzo Vincenti, consigliere della Corte di cassazione
Jacqueline Visconti, professore associato di linguistica italiana all'Università di Genova

Collaborazione tecnico-scientifica

Direzione generale della giustizia civile
Direzione generale della giustizia penale
Direzione generale dei servizi informativi automatizzati
Giampaolo Parodi, vice capo dell'Ufficio legislativo
Zsuzsa Mendola, magistrato addetto all'ufficio del Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia

Relazione

Roma, 1° dicembre 2016

SOMMARIO: § 1. Sinteticità e chiarezza degli atti processuali. Considerazioni generali – **§ 2. La riflessione del gruppo di lavoro** – *2.1 Il mandato relativo al giudizio di legittimità – 2.2 Gli esiti della riflessione nel settore civile del giudizio di cassazione – 2.3 Gli esiti della riflessione nel settore penale del giudizio di cassazione – 2.4 L'estensione del mandato ai giudizi d'impugnazione in generale* – **§ 3. La cultura della sinteticità e della chiarezza** – *3.1 La sinteticità nei contenuti e nella forma – 3.2 La formazione universitaria – 3.3 I momenti selettivi per l'accesso alle professioni forensi – 3.4 La formazione professionale – 3.5 Le valutazioni della professionalità dei magistrati* – **§ 4. La sinteticità in ambito civile. Considerazioni generali** – *4.1 I provvedimenti del giudice – 4.2 Gli atti di parte – 4.3 La formazione professionale specifica nel settore civilistico – 4.4 I risultati delle audizioni dei presidenti di corte d'appello* – **§ 5. La sinteticità in ambito penale. Considerazioni generali** – *5.1 L'imputazione: sintesi, chiarezza, precisione – 5.2 Lo sviluppo del giudizio. Impugnazione e decisione – 5.3 Gli aspetti formali degli atti – 5.4 Le proposte normative rispetto ai giudizi di impugnazione – 5.5 La sinteticità nell'oralità. Riflessi sulla motivazione della sentenza* – **§ 6. Proposte conclusive: riepilogo**

§ 1. Sinteticità e chiarezza degli atti processuali. Considerazioni generali

La chiarezza dello stile è causa ed effetto della chiarezza del pensiero. E il pensiero giuridico, per sua natura, dovrebbe essere un pensiero chiaro.

È significativo che già un secolo fa si affermasse che "*il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro*", mentre "*tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto*" (V. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1911, I, 942).

La chiarezza, tuttavia, non è oggetto di definizione normativa, né a tale qualità degli atti processuali il legislatore riferisce prescrizioni esplicite. Piuttosto, il bisogno di chiarezza è sotteso alle norme dettate con riguardo ad una diversa caratteristica degli atti: la sinteticità. Si prescrive, infatti, normativamente che i provvedimenti del giudice e gli atti delle parti siano redatti in maniera sintetica.

L'accento è dunque posto sull'esigenza di sinteticità (correlata al principio di ragionevole durata del processo) più che sull'esigenza di chiarezza, anche perché quest'ultima – ancor più della sinteticità – è difficile da assicurare con prescrizioni di qualsiasi tipo, pur rimanendo una caratteristica basilare di ogni atto funzionale al corretto svolgimento dell'attività giudiziaria.

Atti processuali sovrabbondanti contribuiscono, infatti, a determinare un allungamento dei tempi tecnici del processo, in violazione del principio del giusto processo, sancito dall'articolo 111 della Costituzione. Un processo, infatti, per poter essere definito giusto, non può che svolgersi in tempi ragionevolmente contenuti.

L'eccessiva lunghezza degli atti processuali danneggia, in primo luogo, la parte che ha ragione: essa, nel ritardo, vede leso il proprio diritto di difesa (garantito mediante l'art. 24 della Costituzione e tutelato, in quanto inviolabile, dall'art. 2 nella forma più ampia). Ma danneggiata è anche – indirettamente – la collettività, poiché la giurisdizione è risorsa limitata della quale occorre razionalizzare l'impiego.

La richiesta di atti di lunghezza contenuta, quindi, non è un detrimento del diritto di difesa, né preclude l'esposizione esauriente dei fatti e delle argomentazioni. Al contrario, è la trattazione prolissa ad indebolire l'efficacia dell'atto (dato di comune esperienza, ad esempio, nelle impugnazioni): sicché adottare una dimensione adeguata significa rendere effettivo il diritto di difesa eliminando tutto ciò che è superfluo e, soprattutto, poco chiaro.

Processo giusto, infatti, è anche un giudizio ben comprensibile, posto che il controllo sull'esercizio della giurisdizione non si attua solo in via endo-processuale (attraverso i rimedi apprestati dal codice rispetto alle decisioni del giudice), ma è rimesso anche alla comprensione che della giurisdizione abbia il cittadino, nel cui nome la giustizia viene amministrata. È questo un concetto richiamato anche in ambito europeo in numerosi atti. Per limitare la citazione a due recentissimi: il rapporto del 21 aprile 2016 sull'azione degli Stati membri del Consiglio d'Europa rispetto alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri Rec(2010)12 in tema di indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici (si afferma che le sentenze dovrebbero essere scritte in "*clear language*", agevolmente comprensibile dal pubblico, e si invitano gli Stati ad intraprendere azioni adeguate per un progresso in tal senso); e il parere n. 11(2016) approvato il 18 novembre 2016, in tema di qualità ed efficienza del lavoro dei procuratori, dal Consiglio consultivo dei procuratori europei, istituito dal Consiglio d'Europa (ove sono enunciati analoghi concetti riguardo al pubblico ministero).

L'espressione "*sinteticità e chiarezza*" è divenuta così un'endiadi, in cui la prima è quasi sempre premessa alla seconda: ma è importante puntualizzare che la chiarezza dev'essere considerata il fine, mentre la sinteticità soltanto il mezzo per raggiungere quel fine.

La chiarezza degli atti processuali, infatti, non è un requisito teso soltanto a soddisfare (indirettamente) l'esigenza di *rapidità* della risposta giudiziaria, ma è in grado di favorire anche la *qualità* della risposta stessa: obiettivo cui il giusto processo deve mirare, non meno di quanto esso miri alla celerità. Infatti, le indicazioni sulla corretta struttura del discorso hanno il merito di aiutare la progressione logica del ragionamento, escludendo l'inutile ripetitività dell'argomentare e favorendo un confronto costruttivo tra le parti e con il giudice.

La sinteticità, pertanto, va intesa come canone per una nuova modalità di scrittura degli atti volta alla concretezza, alla chiarezza e all'incisività.

L'osservanza del dovere di sinteticità spetta, in egual misura, all'avvocato nella redazione degli atti di parte ed al giudice nella stesura dei provvedimenti, così come al pubblico ministero.

Il primo dovrà, infatti, svolgere la difesa adottando uno schema sintetico nell'esporre le ragioni a sostegno del suo assistito e nel contrastare gli argomenti della controparte, utilizzare un linguaggio chiaro ed evitare le ripetizioni; analogamente dovrà operare il rappresentante della parte pubblica. Il giudice dovrà redigere una sentenza chiara e sintetica, che dia conto dei processi logici che hanno condotto alla decisione, di modo che la stessa non possa che apparire come la necessaria conclusione dei presupposti da cui ha preso le mosse il processo: la descrizione del fatto, l'individuazione delle norme applicabili, la soluzione delle questioni che si pongono rispetto alla fattispecie concreta.

Non gioverebbe però al processo un singolo atto caratterizzato da ottima sintesi, razionalità espositiva ed organizzazione logica e strutturale: ogni atto processuale, infatti, è influenzato dai precedenti e si riverbera sui successivi, in una sequenza organica.

Come si vedrà, in ambito penale già l'atto genetico costituito dall'imputazione – improntata a canoni di sintesi, chiarezza e precisione – può influire su tutto il successivo svolgimento del processo, condizionandone non solo la dimensione e la durata ma i risultati stessi.

Emerge in effetti dall'esperienza giudiziaria che la sintesi e la chiarezza in ogni singolo atto, tanto di parte quanto del giudice, è favorita da analoghe caratteristiche di qualità espositiva degli eventuali atti pregressi: le ragioni di un impugnante risultano di fatto esposte in modo più o meno sistematico e diffuso a seconda della maggiore o minore sistematicità ed ampiezza della motivazione del provvedimento impugnato. Del pari, la trattazione nella sentenza che conclude un grado di impugnazione è di regola agevolata dal carattere e dalla struttura adeguati dei motivi formulati dall'impugnante.

In sostanza, le qualità di esposizione sintetica e sistematica di ogni atto processuale si riverberano di regola su quelli successivi e addirittura si trasmettono dall'una all'altra fase processuale.

Tanto premesso sul piano generale, si darà ora conto anzitutto di come si è sviluppata la riflessione compiuta sull'argomento dal gruppo di lavoro che ha redatto questo elaborato. Successivamente si illustreranno le proposte di carattere generale, essenzialmente riferite al profilo culturale del tema e, dunque, alle possibili iniziative apparse utili a vario livello.

Si illustreranno, quindi, in modo distinto per gli ambiti civile e penale, le proposte di modifica normativa o riferibili all'applicazione concreta dei principi, corredando infine l'esposizione con un articolato illustrativo degli interventi legislativi auspicati.

§ 2. La riflessione del gruppo di lavoro

Trova compimento con la presente relazione il percorso di riflessione sul principio di sinteticità degli atti processuali, iniziato – con riferimento al giudizio di legittimità – dal gruppo di lavoro istituito con il decreto del Ministro della giustizia del 9 febbraio 2016.

Sulla base dei successivi decreti emanati il 28 luglio e il 19 ottobre 2016, il gruppo – in composizione integrata da nuovi esperti sia in ambito giuridico sia in ambito linguistico – ha proseguito l'elaborazione riguardo ai giudizi di merito, con attenzione precipua a quelli di impugnazione.

La prima fase dei lavori è sfociata nella relazione consegnata al Ministro il 16 maggio 2016. In essa si è ritenuto di prioritaria importanza impegnarsi a declinare nei codici di rito (limitatamente alle norme sul giudizio di cassazione, che costituivano l'oggetto del mandato) il principio di sinteticità e chiarezza con riferimento agli scritti di parte, rinviando ad un momento successivo l'eventuale specificazione delle disposizioni processuali già esistenti in tema di contenuto degli atti del giudice.

Nella nuova composizione più ampia, il gruppo ha orientato le proprie riflessioni anche riguardo agli atti del giudice, individuando – al di là dei profili d'innovazione normativa – spunti di natura ordinamentale ed organizzativa.

Di seguito si presentano, in sintesi, l'*iter* dei lavori e i risultati conclusivi delle diverse fasi di studio, integrati in una esposizione unitaria.

§ 2.1 Il mandato relativo al giudizio di legittimità

L'eccessiva lunghezza degli atti processuali – come sempre più diffusamente si ritiene – rende disagevole la gestione del processo, determinando un inevitabile allungamento dei tempi e, di conseguenza, la violazione del principio del giusto processo (di cui all'articolo 111 della Costituzione). Ciò aveva indotto, alla fine dell'anno 2015, il Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, Antonio Mura, a sottoporre al Gabinetto del Ministro l'opportunità di una riflessione finalizzata ad una migliore esplicitazione del principio di sinteticità nei contesti normativi, regolamentari ed organizzativi.

In sintonia con quelle considerazioni, il Ministro della giustizia, con decreto del 9 febbraio 2016, ha costituito un gruppo di lavoro – coordinato dal Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia e con la collaborazione tecnico-scientifica delle Direzioni generali della giustizia civile, della giustizia penale e dei sistemi informativi automatizzati – per la ricognizione del quadro normativo e delle prassi organizzative riguardanti il principio di sinteticità degli atti processuali. Ha conferito, dunque, l'incarico di elaborare – anzitutto per il giudizio di legittimità, stante il suo elevato tecnicismo – proposte normative, regolamentari e di disciplina organizzativa in ambito civile e penale.

Il gruppo (che, dopo i primi incontri in sede plenaria, ha proseguito in composizione separata, civile e penale, rispettivamente con il coordinamento della prof.ssa Ilaria Pagni e del prof. Enrico Marzaduri) ha portato a termine i lavori depositando il 16 maggio 2016 una relazione di sintesi. In essa sono state offerte indicazioni suscettibili di sviluppo in sede di riforma normativa, oltre a spunti in ambito sia ordinamentale sia organizzativo.

Fulcro della riflessione è stata la considerazione della delicatezza del compito di declinare il principio di sinteticità in regole operative. Non necessariamente, infatti, l'esigenza di una giustizia efficiente, di cui la sinteticità degli atti è presidio, opera nella medesima direzione dell'esigenza di una tutela effettiva: se guardate separatamente, l'efficienza opera soprattutto sul piano dell'interesse generale, mentre l'effettività muove (specie in sede civile) essenzialmente da una prospettiva individuale. Per tali ragioni può determinarsi un potenziale contrasto, posto che, in nome del rilievo per cui la giustizia è una risorsa scarsa, la ricerca di soluzioni che consentano al processo di funzionare nel modo migliore e più rapido potrebbe astrattamente pregiudicare l'aspirazione del singolo ad una tutela giudiziale "incondizionata".

La ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte esigenze così delineate è stata condotta in modo autonomo per i due ambiti processuali, civile e penale.

In entrambi i casi, tuttavia, il gruppo ha ritenuto che le norme esistenti fossero già sufficienti a richiamare il giudice al rispetto del principio della sinteticità. Ha concentrato, dunque, i contenuti propositivi con riguardo principalmente agli atti di parte.

Si sintetizzano, dunque, qui di seguito le proposte formulate nella prima fase di lavoro e ritenute tutt'ora valide in esito agli interventi normativi *medio tempore* approvati.

Il preciso contenuto delle stesse può leggersi in dettaglio negli articolati che si allegano alla relazione, integrati con le nuove proposte che in seguito si illustreranno.

§ 2.2 Gli esiti della riflessione nel settore civile del giudizio di cassazione

In ambito civile, il gruppo di lavoro ha evidenziato che, pur in assenza di una enunciazione specifica del principio di sinteticità degli atti del processo e di sanzioni in caso di inosservanza, il codice di procedura civile utilizza aggettivi (quali "*conciso*", "*succinto*" e "*sintetico*") ed avverbi

volti ad affermare il principio stesso in special modo nelle norme rivolte agli atti del giudice (articoli 132, 134, 281-*sexies*, 348-*ter*, 380-*bis* c.p.c.).

Con specifico riferimento al giudizio di cassazione, il richiamo alla sinteticità degli atti è rivolto alle parti del processo in due occasioni, oltre che in una terza su cui è intervenuta la legge 25 ottobre 2016, n. 197, di conversione del decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168: nell'art. 363 c.p.c. ("*principio di diritto nell'interesse della legge*"), nell'art. 366 c.p.c. ("*contenuto del ricorso*") e nell'art. 379 c.p.c oggi modificato ("*discussione*").

Un invito alla "*chiarezza*" nell'esposizione delle ragioni del ricorso era poi contenuto anche nell'art. 366-*bis* c.p.c., corredato però da una sanzione di inammissibilità che ne ha determinato l'abrogazione ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Con la citata legge n. 197 del 2016, il legislatore ha introdotto un nuovo testo dell'art. 380-*bis* c.p.c., ridefinendo la disciplina del giudizio camerale. In particolare, non risulta più previsto il c.d. opinamento del relatore della sesta sezione civile della Cassazione ed è rimessa al presidente la fissazione dell'adunanza della camera di consiglio, con indicazione se sia stata ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso. La stesura dell'ordinanza conclusiva resta regolata dal regime generale dell'art. 134 c.p.c., ovvero quello della "*succinta motivazione*".

Sono state, dunque, proposte dal gruppo di lavoro alcune modifiche normative concernenti il contenuto (art. 366 c.p.c) e il deposito del ricorso (art. 369 c.p.c). Sono stati poi previsti interventi di dettaglio negli artt. 380-*bis*, 380-*ter* e 384 c.p.c., nei quali si è precisato che gli atti ivi indicati debbano essere "*brevi*". Al riguardo, si deve precisare che il gruppo aveva proposto tali modifiche con riferimento al testo previgente degli artt. 380-*bis* e 380-*ter* c.p.c.: la proposta di modifica viene rivista in relazione al nuovo testo dei medesimi articoli come modificato dalla già citata legge n. 197 del 2016.

Un punto qualificante del progetto di modifica è stato poi riferito nell'art. 140 disp. att. c.p.c. dove, sotto la rubrica "*atti di parte*" (che sostituisce la precedente "*deposito delle memorie di parte*"), si è proposto di introdurre un primo comma secondo cui "*le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*".

In tale contesto, inoltre, è stato effettuato un richiamo all'eventualità che vengano stipulati "*protocolli*" processuali volti a declinare le regole operative in cui potrà tradursi il principio di sinteticità. È stato tuttavia espressamente previsto che il solo mancato rispetto delle previsioni dei protocolli non possa essere causa di inammissibilità o di qualsiasi altra sanzione e si è chiarito che i protocolli che possono integrare, nei limiti detti, il principio di sinteticità degli atti dovranno essere sottoscritti dal Primo presidente della Corte di cassazione, dal Procuratore generale presso la medesima Corte e dal Presidente del Consiglio nazionale forense.

Importanti modifiche sono state anche ipotizzate in relazione all'udienza di discussione. In particolare all'art. 378 c.p.c. si è innanzi tutto previsto che il pubblico ministero possa presentare una breve memoria in cancelleria non oltre quindici giorni prima dell'udienza; si è poi precisato che le memorie (anch'esse brevi), che i difensori depositano in cancelleria non oltre cinque giorni prima dell'udienza, sono destinate ad illustrare i motivi già esposti negli atti introduttivi, nonché – soprattutto – a replicare alle ragioni delle altre parti e alla memoria del pubblico ministero. All'udienza di discussione (art. 379 c.p.c.) si è previsto che il relatore riferisca sinteticamente i fatti rilevanti per la decisione del ricorso, il contenuto del provvedimento impugnato e, in riassunto, se non vi è discussione delle parti, i motivi del ricorso e del controricorso, anche indicando – ove occorra – le questioni rilevanti per la decisione; si è infine previsto che, nel dirigere la discussione, il presidente indichi, se lo ritiene necessario, limiti temporali per lo

svolgimento delle difese, in ossequio ancora una volta al principio della "*sinteticità nell'oralità*" (anche dette proposte di modifica possono mantenere validità operando i necessari raccordi con il testo di recente riformulato dell'art. 379 c.p.c.).

Quanto, infine, alle conseguenze della violazione del principio di sinteticità, si è compiuta la scelta di escludere ipotesi di inammissibilità ed anche di diniego dell'esame delle parti dell'atto che risultino in esubero, ritenendosi sanzione adeguata quella operante sul piano delle spese. Si è dunque deciso di intervenire sul regime di queste ultime, introducendo però, insieme alla sanzione che venga eventualmente applicata dal giudice, un limite quantitativo alla stessa: il testo modificato dell'art. 385 c.p.c. consente alla Corte di ridurre o aumentare l'importo liquidato fino a un massimo del 20% se le parti (e dunque sia quella vincitrice sia quella soccombente) non si sono attenute, nella redazione degli atti difensivi, a criteri di chiarezza e sinteticità.

§ 2.3 Gli esiti della riflessione nel settore penale del giudizio di cassazione

In ambito penale il gruppo ha rilevato che nella disciplina del processo non figura un espresso riferimento alla "*sinteticità degli atti*". Tuttavia il legislatore utilizza l'aggettivo "*sommaria*" con riguardo all'esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui si fonda la sentenza di non luogo a procedere (art. 426 c.p.p.). A sua volta la sentenza dibattimentale deve contenere "*la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata*", e tale concisione va tuttavia contemperata con l'esigenza di "*indicazione delle prove poste a base della decisione*" e di "*enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie*" (art. 546, comma 1, lett. *e),* c.p.p.).

È apparsa opportuna al gruppo l'introduzione di una disposizione generale, l'art. 109-*bis* c.p.p., rubricata "*Principio di sinteticità degli atti*". In esso viene chiarito il significato di detto principio, prescrivendo che "*Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*" e che in essi devono essere inseriti "*solo le informazioni e gli argomenti necessari allo scopo*".

Si è poi proposto di sottolineare l'esigenza di sinteticità nella disposizione sulla forma delle impugnazioni (art. 581, comma 2, c.p.p.), affermando dunque il principio in una prospettiva generale.

Funzionale all'obiettivo si è pure ritenuta la puntualizzazione dei contenuti del fascicolo processuale da trasmettere al giudice del ricorso.

La correlazione tra il contenuto del fascicolo e la promozione della speditezza del giudizio di cassazione era stata posta in evidenza nella nota che il Primo Presidente della Cassazione aveva indirizzato il 23 dicembre 2015 – immediatamente dopo la sottoscrizione dei protocolli con il Consiglio nazionale forense – al Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia. Nel corso dei lavori si è dunque deciso di corrispondere alle sollecitazioni espresse dal Primo Presidente sottoponendo al gruppo le riflessioni della Direzione generale della giustizia penale in vista della redazione di una circolare: atto che il Direttore generale ha poi completato tenendo conto anche dei contributi emersi dalla discussione. Una metodologia, questa, senz'altro innovativa e giudicata fruttuosa sulla base della esperienza compiuta.

Una volta chiarite le modalità della trasmissione degli atti, si è proceduto all'individuazione di una risposta chiara all'interrogativo sull'ampiezza degli oneri gravanti sul ricorrente. È stato quindi proposto l'inserimento di un ultimo comma dell'art. 606 c.p.p., nel quale si sancisce, a pena di inammissibilità del ricorso, l'onere per il ricorrente di elencare tutti gli atti del processo richiamati nell'impugnazione con riferimento ai motivi proposti. Tale elencazione dovrà essere corredata dall'individuazione della collocazione dell'atto nel fascicolo processuale, così da

favorirne il rinvenimento, soprattutto in presenza di fascicoli particolarmente voluminosi. Ove l'atto non sia contenuto nel fascicolo processuale, il ricorrente, a pena di inammissibilità del motivo fondato su tale atto, ha l'onere di allegarne copia, ovvero, in caso di mancato rilascio della copia da parte della cancelleria, di fornirne precisa indicazione.

È stata anche discussa un'ulteriore modifica dell'art. 606 c.p.p., in forza della quale il ricorrente per cassazione potrebbe essere onerato di indicare se l'impostazione giuridica su cui si fonda il ricorso contrasta o meno con precedenti pronunce della Suprema Corte. Nel caso in cui vi sia una giurisprudenza assolutamente dominante od anche tradottasi in una pronuncia delle sezioni unite contraria alla tesi sostenuta in ricorso, dovrebbe addurre a pena di inammissibilità dello specifico motivo le ragioni che giustificano la pretesa di superamento dell'indirizzo della Cassazione. Questa possibile innovazione non è stata trasfusa nell'articolato, ma merita di essere qui indicata come spunto per ulteriori approfondimenti.

Sin dalla prima fase dei lavori si è inoltre sottolineata l'esigenza di procedere a una disciplina normativa dei presupposti che in vario modo rimandano al concetto di autosufficienza del ricorso per cassazione, soprattutto alla luce del fatto che il timore di un'interpretazione particolarmente gravosa dei relativi oneri coinvolgenti le parti ricorrenti costituisce una delle ragioni del denunciato sovradimensionamento degli atti difensivi davanti alla Suprema Corte. Si è pertanto ritenuto di puntualizzare i contenuti del fascicolo processuale da trasmettere al giudice del ricorso, e, a tal fine, si è ritenuta particolarmente incisiva la formulazione proposta dalla commissione presieduta dal dott. Domenico Carcano "*per l'elaborazione dello schema di decreto legislativo per la riforma del sistema delle impugnazioni*", i cui lavori si sono conclusi il 27 aprile 2016.

Di conseguenza, nell'articolato normativo allegato alla presente relazione, si è riportato anche il testo dell'art. 165-*bis* disp. att. c.p.p. proposto della predetta commissione, il cui contenuto "*è rappresentato dalla fissazione dell'obbligo per il giudice a quo di trasmettere al giudice dell'impugnazione – unitamente al provvedimento impugnato e ai ricorsi o appelli proposti dalle parti – l'indicazione di una serie di dati, funzionali a una più sollecita incardinazione e definizione dei giudizi d'appello e di legittimità*" (relazione della commissione Carcano, p. 11). In tale contesto, in occasione dei ricorsi per cassazione, sarà compito della cancelleria del giudice *a quo* allegare, se già non contenuta sulla base delle vigenti disposizioni, copia degli atti specificamente indicati dal ricorrente, ovvero l'attestazione della loro mancanza.

Il tema della sinteticità è stato riproposto anche in relazione agli aspetti inerenti all'oralità processuale. In particolare, si è prospettata l'opportunità di integrare la norma dell'art. 523, comma 3, c.p.p. in tema di poteri di direzione della discussione da parte del presidente del collegio, attribuendo a quest'ultimo il potere di fissare, se necessari, "*limiti temporali agli interventi delle parti*". Nella medesima prospettiva si è ritenuto di poter qualificare, nell'art. 614, comma 3, c.p.p., come "*sintetica*" la relazione con la quale il presidente o il consigliere da lui delegato riferisce in udienza.

Infine, si è proposto di valorizzare ulteriormente il ruolo presidenziale, aggiungendo all'art. 614 c.p.p. un nuovo comma (3-*bis*) nel quale si prevede che "*Dopo la relazione, il presidente può invitare le parti a trattare specificamente alcune questioni rilevanti per la decisione*", al fine di far concentrare l'attenzione delle parti sui temi che paiono necessitare di un contributo orale.

§ 2.4 L'estensione del mandato ai giudizi d'impugnazione in generale

L'apprezzamento per i risultati conseguiti nella prima fase di riflessione ha indotto il Ministro a conferire, con decreto in data 28 luglio 2016, un nuovo mandato al gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, integrandone la composizione.

L'incarico è stato articolato in modo parzialmente nuovo rispetto al precedente.

La prospettiva di approfondimento è stata, infatti, riferita "*per un verso, allo sviluppo delle proposte già formulate riguardo ai procedimenti di competenza della Corte di cassazione, e, per altro verso, ad ogni possibile applicazione del principio di sinteticità nei giudizi di merito, con prioritaria attenzione per quelli di impugnazione, anche al fine di consolidare, diffondere e sviluppare le migliori pratiche e di individuare appropriati criteri riferibili alle diverse categorie di atti processuali, riguardo sia agli atti di parte sia ai provvedimenti del giudice*".

Del pari innovativi sono, nel provvedimento del Ministro, gli spunti metodologici, essendo stato previsto che "*il gruppo di lavoro in questa fase e per i fini indicati nel presente decreto potrà avvalersi anche di interlocuzioni con esperti, esponenti del settore, scelti secondo criteri di valutazione individuati dal gruppo stesso*".

Anche sulla scorta dell'esperienza maturata a partire da maggio 2016 presso la Corte d'appello di Firenze, che ha istituito un laboratorio sulla motivazione civile ispirato ai criteri di chiarezza e sinteticità, si è reputato opportuno conoscere se presso le corti di appello fossero state avviate prassi e sperimentazioni innovative nella materia oggetto di studio.

In tale prospettiva, il gruppo ha invitato i presidenti di alcune tra le corti di maggiori dimensioni ad intervenire (anche tramite delegati) a specifiche sessioni di lavoro, al fine di acquisire ogni elemento informativo e di valutazione utile quale contributo alla riflessione in atto.

In virtù della ricognizione normativa operata nell'ambito dei lavori relativi sul giudizio di legittimità, nonché a seguito delle audizioni, è apparso chiaro al gruppo che – pure nei giudizi di merito, e segnatamente in tutti quelli di impugnazione – l'attuazione del principio della sinteticità è questione che non può affrontarsi soltanto sul piano della precettività normativa, avendo essa una significativa base di natura culturale.

La nuova strutturazione del gruppo ha favorito l'elaborazione della quale si darà conto nel paragrafo seguente, in ragione delle ulteriori professionalità (pure specificamente linguistiche) che hanno integrato quelle tipicamente giuridiche, a loro volta estese ora anche all'ambito processuale di merito.

§ 3. La cultura della sinteticità e della chiarezza

La sinteticità degli atti è stata variamente definita anche in ambito giurisprudenziale.

Efficacemente, ad esempio, il Consiglio di Stato (sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900) afferma che l'essenza di essa "*non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola. La sinteticità è, cioè, un concetto di relazione, che esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto – ricorso, memoria, o, infine, sentenza – chiamato ad esaminarle*".

In quest'ottica si è mosso il gruppo di lavoro, la cui riflessione ha offerto conferma del fatto che la prolissità e l'oscurità, spesso presenti (e tradizionalmente criticate) nel linguaggio giuridico, non sono affatto proprietà intrinseche ed ineludibili di esso.

Troppo spesso, tuttavia, la capacità di una scrittura sintetica e precisa deriva soltanto da eventuali doti individuali e non è assicurata da una formazione didattica e professionale che si occupi anche dei problemi di lingua. Ciò determina una contraddizione fra abilità linguistiche richieste e assenza di formazione specifica. Ne consegue una notevole disomogeneità nei risultati, peraltro congiunta ad un frequente appiattimento acritico su prassi e moduli linguistici tralatizi.

Si individua, pertanto, una grave lacuna di fondo, il cui superamento appare indispensabile affinché l'impegno (anche del legislatore) per promuovere atti processuali di adeguata qualità possa radicarsi in un terreno propizio, costituito da una base culturale che includa appropriate capacità tecniche di argomentazione e di esposizione del pensiero.

In tale ottica, è necessario uno sforzo per la definizione di linee condivise, idonee a far sì che chi opera nel processo possa dotarsi della capacità di rendere l'atto giudiziario adeguatamente strutturato e, nel rispetto della regola legale della concisione, chiaro, efficace, di comune intelligibilità e fruibilità: intento che dovrebbe accomunare avvocati, magistrati e docenti universitari.

Sulla base di queste convinzioni, dagli approfondimenti condotti rispetto ai processi sia civili sia penali è emersa l'esigenza di un'azione congiunta in ambito formativo, che non si traduca nella semplice trasmissione di tecniche di redazione: occorre mirare alla diffusione di una vera e propria *cultura della sinteticità e della chiarezza*, che si manifesta in una lingua che, per le sue caratteristiche, sia veicolo di idee a loro volta chiare e precise.

Prerequisito di un'azione formativa che possa tradursi in risultati concretamente apprezzabili nell'esperienza giudiziaria è il rafforzamento dell'idea che per magistrati ed avvocati – principali attori della giurisdizione – la formazione deve essere il più possibile congiunta e prevedere sistematici momenti di confronto.

§ 3.1 La sinteticità nei contenuti e nella forma

Gli atti del giudice e delle parti sono accomunati, come si è accennato, dall'esigenza di sinteticità in funzione della chiarezza del loro contenuto e del contenimento dei tempi del processo. La sinteticità degli atti, in sostanza, è strumento essenziale così per l'efficienza come per la qualità di un moderno sistema di giustizia.

Si è richiamata nella parte introduttiva della relazione l'esperienza giudiziaria che dimostra come la sinteticità di ogni atto, di parte o del giudice, possa essere influenzata dalla qualità espositiva degli altri atti del processo. S'è posto in evidenza, al riguardo, che le qualità di esposizione sintetica e sistematica di un atto si riflettono – almeno di regola – in quelli successivi e addirittura si riverberano dall'una all'altra fase processuale.

Dal punto di vista della scrittura di una sentenza, e ancora prima di un atto di parte, che in essa si rispecchia (nel senso appena detto), la sinteticità riveste almeno due valenze: la prima è la *sinteticità dei contenuti*, cioè la capacità di selezionare gli elementi essenziali alla funzione di quel particolare tipo testuale (e scartare quelli invece superflui).

Dato che la sentenza, come molti tipi di atto, ha una testualità composita, in cui si intrecciano i tipi testuale espositivo, narrativo, argomentativo e prescrittivo, la capacità sarà quindi quella di selezionare sia i fatti necessari alla narrazione sia gli argomenti essenziali a corroborare la tesi sostenuta (ed a confutare quella opposta o alternativa). Allo stesso modo la costruzione dell'atto di parte deve rispecchiare la scansione delle parti del discorso giudiziario (teorizzate già dalla retorica greca e romana).

Questa competenza, non per tutti innata, richiede un lavoro formativo mirato, radicato già a livello di laurea e di specializzazione. Componenti importanti sono la trasmissione di tecniche di argomentazione, anche di base: la selezione degli argomenti favorevoli e contrari; la disposizione degli argomenti principali e secondari; la collocazione della tesi sostenuta, rispetto a detti argomenti; infine, la scelta dei mezzi più adatti messi a disposizione dalla lingua. Di qui la centralità dei connettivi logici e di causa-effetto, avversativi/concessivi, conclusivi.

La seconda valenza è quella della *sinteticità della forma*, cioè la capacità di raggiungere un'espressione essenziale dei contenuti selezionati. Su questo aspetto esistono studi consolidati, ad opera sia di linguisti sia di giuristi, in cui si propongono alcune "*regole di base*" per la redazione. Molte di esse interessano il livello morfosintattico, ad esempio: "*Abituarsi a spezzare i periodi sovraestesi. Infatti, il periodo – per essere facilmente leggibile da tutti – non dovrebbe oltrepassare le 20-25 parole; questa soglia è ovviamente del tutto valicabile, ma, più lungo è il periodo, più alta deve essere l'abilità di redazione e più complesse e faticose saranno lettura, decodifica, valutazione*", oppure: "*Limitare il ricorso a incisi e parentetiche*", "*evitare l'eccesso di subordinate, soprattutto implicite. Usare più proposizioni esplicite con verbi di modo finito e limitare l'uso di proposizioni implicite con modi non finiti (participi presenti e passati, gerundi, infiniti)*". Un secondo insieme di raccomandazioni concerne il lessico: "*Mantenere i tecnicismi opportuni, eliminare al massimo pseudotecnicismi, burocratismi, arcaismi, perifrasi ridondanti, latinismi superflui, selezioni lessicali non trasparenti o ambigue*"; "*Sciogliere sigle e acronimi*"; "*Ridurre l'eccesso di nominalizzazioni e cumuli nominali, di sostantivi astratti o indeterminati*"; "*Abbandonare – a favore della chiarezza e della precisione – la regola scolastica della* variatio*: in tutte le lingue specialistiche termini tecnici e vocaboli o espressioni puntuali vengono normalmente ripetuti, in quanto i sinonimi non hanno esattamente lo stesso significato e non sono altrettanto precisi*".

L'obiettivo cui la formazione deve tendere si può allora sintetizzare nella seguente conclusione: se alla chiarezza delle idee e alla chiara organizzazione del discorso si accompagna l'uso di un linguaggio adeguato, non vi è neppure la necessità di immaginare che alle parti e al giudice debbano imporsi particolari limiti dimensionali.

Si tratta di un linguaggio che dovrebbe rifiutare gli stereotipi, così come ogni spurio e superfluo tecnicismo, e riuscire a coniugare, senza prolissità nell'espressione, gli irrinunciabili profili tecnici del discorso giuridico col patrimonio linguistico di riferimento.

Come è evidente, si tratta in buona misura di accorgimenti tecnici (dei quali si sono sopra richiamati soltanto alcuni, a scopo esemplificativo), ben suscettibili di insegnamento e apprendimento. Tra questi, vi è anche il suggerimento di leggere i classici molto di più di quanto oggi non si faccia.

Il dato ineludibile sembra, però, un altro, più radicale: la trasmissione di un concetto di linguaggio giuridico che includa le qualità della sintesi e della chiarezza. Ne consegue il ripudio di quelle opposte caratteristiche che, invece, tradizionalmente spesso inducono a identificare il linguaggio forense con un periodare contorto, ridondante e in definitiva oscuro.

In sostanza, si tratta di impostare nella giusta dimensione culturale il tema della sinteticità e della chiarezza del linguaggio, rapportandolo ad una corretta metodologia che possa costituire tratto fondamentale comune alle professioni forensi.

§ 3.2 La formazione universitaria

La prima sede naturale nella quale la formazione che si ipotizza può situarsi è quella dello studio universitario.

Il gruppo di lavoro concorda sull'importanza di questo momento, cruciale per l'apprendimento e l'esercizio dello scrivere e del parlare giuridico. Conforta tale convinzione la prima ricognizione condotta nella panoramica delle Università, che ha permesso di rilevare alcune significative iniziative di insegnamento della lingua nel diritto (e nel processo), frutto soprattutto della sensibilità di singoli docenti.

Non è ovviamente questa la sede per discutere in modo specifico di programmi universitari e di ipotetiche riforme che possano includere il linguaggio giuridico tra i moduli obbligatori. Ritiene, tuttavia, il gruppo di lavoro di dover rappresentare questo aspetto della riflessione quale contributo di pensiero: in primo luogo, affinché esso possa costituire uno stimolo al dibattito tanto in ambito universitario quanto in ambito forense e, per altro verso, perché possa offrire al Ministro uno spunto valutabile in vista della possibile sensibilizzazione delle altre istituzioni interessate.

Nella prospettiva che qui si immagina, nei corsi universitari (ma altrettanto vale per la formazione professionale, di cui si tratterà in seguito) si potrebbe costruttivamente ricercare un equilibrio tra componente teorica e pratica. La prima potrebbe consistere, ad esempio, soprattutto nella lettura commentata di scritti, anche del passato, esemplificativi delle qualità di chiarezza e sinteticità ovvero delle opposte caratteristiche di prolissità ed oscurità; la parte pratica potrebbe consistere in esercitazioni all'argomentazione e alla scrittura.

Non pare inutile rimarcare in questa sede come proprio dalle pagine di grandi giuristi – da Scialoja a Calamandrei, a Satta – emergano una puntualità lessicale, una sintassi, una piacevolezza di lettura, una immediatezza che nulla hanno da invidiare a quelle di maestri della letteratura; ma emerge anche l'idea che la proposizione giuridica – che pur non può rinunciare al lessico tecnico – deve essere chiara, perché chiaro deve essere il pensiero giuridico.

Una riflessione sull'argomentazione – che a sua volta deve essere essenziale e funzionale – costituirebbe poi il complemento ideale alla lettura dei modelli anche del passato.

§ 3.3 I momenti selettivi per l'accesso alle professioni forensi

Altri momenti cruciali in un percorso che miri all'inserimento dei valori di sinteticità e chiarezza tra le qualità apprezzabili di uno scritto giuridico sono costituiti dalle selezioni funzionali alle diverse professioni forensi: primi tra tutti il concorso, per esami, a posti di magistrato ordinario e l'esame per l'iscrizione negli albi degli avvocati.

L'inclusione delle predette qualità tra i requisiti da apprezzarsi nello scrivere e nel parlare giuridico varrebbe ad arricchire i parametri di valutazione dei candidati.

A tale effetto diretto si accompagnerebbe, peraltro, anche una serie di potenziali effetti ulteriori. Se i menzionati parametri valutativi fossero espressamente valorizzati nei concorsi e negli esami, a ciò conseguirebbe, infatti, il naturale inserimento dei relativi insegnamenti nei piani delle varie scuole di specializzazione, degli Ordini, di perfezionamento *post lauream* ed eventualmente nei tirocini formativi.

Merita di essere qui rimarcato – con apprezzamento – il fatto che l'orientamento emerso nella riflessione del gruppo di lavoro, volto a rafforzare la formazione (anche) degli avvocati in relazione alla comunicazione, intesa come logica e linguaggio, trova riferimento nella legge professionale n. 247 del 2012. Disciplinando i corsi di formazione per l'accesso alla professione,

essa prevede che i contenuti formativi siano regolamentati "*in modo da ricomprendervi, in quanto essenziali, l'insegnamento del linguaggio giuridico, la redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca*" (art. 43, comma 2, lett. *b*).

Riguardo alla correzione delle prove d'esame, la legge prescrive poi che "*Il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento le modalità e le procedure di svolgimento dell'esame di Stato e quelle di valutazione delle prove scritte ed orali da effettuare sulla base dei seguenti criteri: a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione (…); e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione*".

Coerentemente, il regolamento 25 febbraio 2016, n. 48, emanato dal Ministro, prevede (all'articolo 3, comma 2) che il tema sia formulato in modo da permettere al candidato di dimostrare la conoscenza – tra l'altro – delle tecniche di redazione degli atti e una adeguata capacità argomentativa; successivamente, riguardo alla correzione degli elaborati scritti (art. 5, comma 3), il medesimo regolamento conferma l'obbligo per la commissione e le sottocommissioni distrettuali di uniformarsi ai criteri di cui all'art. 46, comma 6, della legge professionale, che sopra si sono menzionati.

Si tratta nel complesso di una disciplina che, tanto a livello primario quanto a livello regolamentare, dimostra attenzione e sensibilità per la materia in esame. Peraltro, in prospettiva futura, potrebbe immaginarsi una riflessione (necessariamente anche da parte dell'avvocatura) atta a promuovere l'integrazione delle disposizioni vigenti: ad esempio, aggiungendo all'art. 3, comma 2, del citato regolamento n. 48 del 2016 il riferimento alla logica espositiva, laddove si prescrive che il tema sia formulato in modo da permettere di dimostrare la conoscenza delle tecniche di redazione degli atti, e la menzione dell'uso di un linguaggio appropriato, chiaro e sintetico, laddove si tratta della capacità argomentativa.

La disciplina normativa del concorso per l'accesso alla magistratura (art. 1 d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, come modificato dalla legge 30 luglio 2007, n. 111, e disposizioni ivi richiamate), risulta assai meno dettagliata e, allo stato, strutturalmente meno adatta a recepire interpolazioni di dettaglio del tipo di quelle sinora qui ipotizzate.

Tuttavia, è opinione del gruppo di lavoro che sia opportuno perseguire in ogni sede propria – e, dunque, anche in quella concorsuale – la diffusione dei medesimi concetti. Ci si riferisce alla opportunità di valorizzare il rigore argomentativo, in un contesto di sinteticità e chiarezza, anche in sede di valutazione degli elaborati teorici previsti quali prove di concorso.

Ciò presuppone l'auspicabile condivisione, da parte delle competenti commissioni, dei principi che fondano la prospettiva culturale che in questa relazione si propone.

§ 3.4 La formazione professionale

L'ambito formativo nello sviluppo delle carriere e delle professioni forensi costituisce una sede ulteriore di particolare significato per la materia che ci occupa, tant'è che in esso si registrano già importanti realizzazioni che, ad avviso del gruppo di lavoro, meritano concreta valorizzazione.

Ci si riferisce ad iniziative quali il seminario su "*Lingua e diritto*" organizzato (a partire dal 2014) per i magistrati ordinari in tirocinio dalla Scuola superiore della magistratura con l'Accademia della Crusca e i diversi corsi che le due istituzioni svolgono congiuntamente per i magistrati in servizio.

È opinione del gruppo di lavoro che simili iniziative meritino incentivazione, tanto in sede di *training* iniziale quanto in sede di formazione permanente dei magistrati e che esse possano utilmente essere integrate con "laboratori" sulla scrittura degli atti giudiziari.

Inoltre, è auspicabile che in materia si tenga conto di opportune proiezioni comparatistiche. Ciò tanto per un utile raffronto di culture ed esperienze relative ad altri ordinamenti, quanto affinché si diffonda tra i professionisti italiani la consapevolezza che gli atti destinati ad essere tradotti (per ragioni connesse a giurisdizioni sovranazionali ovvero alla cooperazione giudiziaria) necessitano di un linguaggio atto ad agevolare la versione in altre lingue.

Ovviamente, la formazione incentrata sul modo di costruire l'atto processuale terrà conto delle specificità e delle differenze tra atti di parte e atti del giudice: una per tutte, il fatto che nel provvedimento del giudice la motivazione (l'argomentazione) ha una funzione diversa, anche extraprocessuale, rispetto a quella che la motivazione svolge negli atti di parte. In essi, oltre ad esprimere gli argomenti a sostegno della tesi proposta, la motivazione ha, nelle impugnazioni, soprattutto il compito di contrapporsi alle argomentazioni della pronuncia impugnata.

Pur a fronte di tali importanti differenze, discende però dalle linee di fondo che si sono enunciate in premessa l'opportunità che l'avvocatura venga sempre più coinvolta nelle iniziative destinate ai magistrati, e viceversa.

È questa la strada per perseguire quella ideale comunanza culturale che – nell'opinione del gruppo – costituisce la base per l'effettiva diffusione di un linguaggio giuridico di qualità e, in ultima analisi, di una più moderna interpretazione del servizio giustizia.

§ 3.5 Le valutazioni della professionalità dei magistrati

I momenti di valutazione della professionalità offrono a loro volta occasioni propizie per valorizzare – e, indirettamente, promuovere – la cultura della sinteticità e della chiarezza.

In particolare, le valutazioni periodiche di professionalità cui tutti i magistrati sono sottoposti costituiscono opportunità significative in tal senso, tanto più in forza della base conoscitiva utilizzata dal Consiglio superiore della magistratura (i provvedimenti redatti dal valutando) e dell'articolato percorso propedeutico al giudizio conclusivo (rapporti dei capi degli uffici e pareri dei consigli giudiziari).

Come è noto, ai sensi della circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 e successive modificazioni del Consiglio superiore, la valutazione di professionalità è compiuta previa acquisizione del parere del consiglio giudiziario (o del Consiglio direttivo della Corte di cassazione) e di tutte le altre fonti di conoscenza utili. Devono allo scopo ricostruirsi con completezza le qualità del magistrato, così "*da evidenziare in modo dettagliato le caratteristiche professionali, le tipologie di lavoro svolto e le reali attitudini, inquadrando le stesse nei parametri che sono previsti ai sensi delle vigenti disposizioni di legge*".

I parametri in base ai quali debbono essere compiute le valutazioni di professionalità sono espressamente elencati dall'art. 2, comma 2, della legge 30 luglio 2007, n. 111: la capacità, la laboriosità, la diligenza, l'impegno. Con riferimento alla "*capacità*", in particolare, la norma prevede che debba essere desunta – tra l'altro – dal "*possesso delle tecniche di argomentazione*".

La riflessione operata dal gruppo di lavoro è partita dalla constatazione che il sistema di valutazione dei magistrati, nella prassi applicativa e al di là delle enunciazioni formali, si è rivelato talora ancorato sull'ampiezza delle argomentazioni adottate nella motivazione dei provvedimenti.

Infatti, la procedura valutativa prevede l'estrazione a sorte di dieci provvedimenti emessi nel quadriennio oggetto di valutazione, con possibilità di associarne altri dieci scelti dal magistrato. Al riguardo, ricorre diffusamente la convinzione che sia opportuno offrire all'esame provvedimenti corposamente argomentati – quasi sempre ben al di là dell'essenziale – e corredati da ampi richiami a massime giurisprudenziali, non sempre funzionali alla decisione, così da dimostrare la conoscenza e l'approfondimento di tutti gli orientamenti registrati nelle materie oggetto di esame.

Si tratta di un'impostazione che dev'essere opportunamente contrastata. In tal senso, al gruppo di lavoro pare che possa valorizzarsi ed ampliarsi la prospettiva contenuta nella stessa circolare in materia di valutazioni di professionalità, nella parte in cui essa prevede che gli indicatori della "*capacità*" siano desunti dalla "*chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi nella redazione dei provvedimenti giudiziari, in relazione ai presupposti di fatto e di diritto, nonché dalla loro congruità rispetto ai problemi processuali o investigativi affrontati, come accertati dall'esame degli atti acquisiti a campione nonché di quelli, eventualmente, prodotti dall'interessato*" (capo V, n. 2, lett. *a*).

Nell'apprezzare detta formulazione della vigente normativa secondaria (peraltro integrabile con maggiore specificazione del profilo qui considerato), la conclusione cui il gruppo è pervenuto è, dunque, volta a rimarcare come occorra che ad ogni livello si faccia concretamente assurgere il canone della sinteticità e della chiarezza espositiva a specifico parametro nelle valutazioni di professionalità. Ciò va riferito a tutti i campi in cui, ai fini della progressione in carriera dei magistrati, venga presa in esame la redazione dei provvedimenti giudiziari. Tra gli altri, il giudizio rimesso alla commissione tecnica per la valutazione della capacità scientifica e di analisi delle norme, ai fini dell'accesso dei magistrati alle funzioni giudicanti o requirenti di legittimità, potrebbe costituire sede ideale per l'apprezzamento di tale parametro (così come per l'avvocatura potrebbe avvenire nell'esame per l'iscrizione all'albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori).

Va da sé che il successo della prospettiva che si è qui delineata è subordinato alla sottoposizione al Consiglio superiore della magistratura di elementi informativi e pareri adeguati.

Dunque, soltanto se nei rapporti dei capi degli uffici e nei successivi pareri dei consigli giudiziari si rispecchierà la condivisione del valore della sinteticità e della chiarezza, tali qualità potranno effettivamente trovare spazio e affermazione tra i parametri sui quali si fonda il successivo giudizio sulla professionalità dei magistrati.

§ 4. La sinteticità in ambito civile. Considerazioni generali

Con riferimento al processo civile, il gruppo di lavoro ha largamente concordato su un punto di fondo costituito dal fatto che chiarezza e sinteticità degli atti processuali sono elementi che il legislatore in parte già prescrive, almeno per quanto concerne gli atti del giudice, sicché, per fare dei passi avanti, ciò che occorre, più che l'introduzione di nuove norme nel codice di rito, è un'azione che crei e sostenga una "*cultura della chiarezza e della sintesi*".

Ciò sul presupposto che la sinteticità dev'essere intesa come simmetria ed equilibrio, e non semplicemente come brevità dell'atto ad ogni costo, e che la persuasività del ragionamento giudiziale dipende, oltre che dalla validità degli enunciati, anche dalla organicità con cui il ragionamento viene impostato, dalla coerenza interna dello stesso e dall'efficacia dell'esposizione. Può così scongiurarsi il rischio che il disordine e la confusione del ragionamento pregiudichino il lavoro delle parti, del giudice e dell'amministrazione della giustizia nel suo complesso. "*Pochi scrivono come costruisce l'architetto, il quale prima ha abbozzato ed*

elaborato fin nei particolari il suo progetto; piuttosto la maggior parte scrive come si gioca a domino", con un pezzo che si aggiunge all'altro, ora intenzionalmente, ora casualmente (A. Schopenhauer, *Sul mestiere dello scrittore e sullo stile*, Milano, 1993, 95).

Si è convenuto, dunque, circa l'opportunità di limitare gli interventi sul codice di procedura civile, pur concordando sull'inserimento di una norma di carattere generale (analogamente a quanto oggi prevede l'art. 3 del codice del processo amministrativo), quale quella contenuta nel disegno di legge n. 2284 AS all'esame del Parlamento, possibilmente espungendo da quel testo il riferimento alla misura quantitativa degli atti. Ciò in ossequio alla considerazione già espressa, che l'essenza della sintesi non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, e ripresa nella relazione presentata nel maggio scorso, secondo cui retorica e argomentazione sono patrimonio di cultura del nostro processo, cui l'esigenza della sinteticità a ogni costo non deve indebitamente arrecare pregiudizio: limitando perciò la declinazione del principio all'ambito della tecnica di redazione.

Ma, al di là di questo, in conformità alla premessa per cui la questione "*sinteticità*" è una questione fondamentalmente culturale più che di precetti e di norme, si è ritenuto di proporre una serie di iniziative volte alla formazione di questa cultura, che nel tempo in larga parte si è persa.

Del pari, si è ribadita la necessità di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di efficienza e di tutela effettiva, nel rispetto della premessa per cui: *i)* la sinteticità non deve mai portare a una indebita compressione dell'esercizio del diritto di azione e del diritto di difesa delle parti; *ii)* le regole in cui la sinteticità si traduce non debbono essere intese in modo formalistico, impedendo il raggiungimento dello scopo del processo, che è quello di una sentenza che riconosca o neghi il bene della vita.

Si è conseguentemente ritenuto opportuno proporre un aggiustamento, in chiave semplificatoria/chiarificatrice, degli artt. 342 e 434 c.p.c., volto ad evitare interpretazioni eccessivamente rigide della norma, le quali, andando al di là delle intenzioni del legislatore (che si limita a richiedere una critica che esibisca le specifiche ragioni del dissenso rispetto alle statuizioni della sentenza impugnata, mettendone in risalto anche la rilevanza a fini impugnatori), finiscano per appesantire inutilmente l'esposizione, nel timore di pregiudizievoli pronunce di inammissibilità.

Ciò è accaduto, del resto, per il giudizio di cassazione, dove si è imposta addirittura l'esigenza di un protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione e il Consiglio nazionale forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso: è stata, infatti, comune la presa d'atto della possibilità che, nonostante i timori dell'avvocatura fossero più frutto di una incomprensione che di una effettiva realtà giurisprudenziale, il sovradimensionamento degli atti difensivi potesse conseguire (almeno in parte) alla ragionevole preoccupazione dei difensori di non incorrere nelle censure di inammissibilità per difetto di autosufficienza, con la conseguente necessità che di tale principio meglio si definissero i limiti alla luce di effettivi e concreti dati normativi.

Ancora, si è ragionato muovendo dall'esperienza degli Osservatori sulla giustizia civile (aggregazioni spontanee di magistrati, avvocati, personale degli uffici e docenti universitari, nate per rafforzare – attraverso il metodo del dialogo e della condivisione – la cultura della giurisdizione, per l'attuazione dei principi e dei valori della Costituzione). Si sono così individuate e analizzate una serie di "*prassi virtuose*" anche in materia di redazione di atti, che si sono tradotte in "*protocolli*". Essi mirano a declinare in previsioni apposite, dal valore persuasivo e non vincolante, interpretazioni condivise sulle regole del processo, negli spazi lasciati liberi dal legislatore, nonché sulle tecniche di redazione di atti e provvedimenti.

Sebbene, nella ormai riconosciuta "pluralità degli ordinamenti giuridici", alla prassi codificata nei protocolli possa riconoscersi un profilo istituzionale, si è ritenuto preferibile, nella sede istituzionale nella quale il gruppo di lavoro opera, limitarsi ad un richiamo generale al lavoro degli Osservatori, senza riportare all'interno delle proposte per il giudizio di appello gli esiti di quel lavoro. Ciò anche in considerazione della capillarità con la quale gli Osservatori sono diffusi sul territorio nazionale e dell'esigenza di non sovrapporre *soft* e *hard law*, pur nella consapevolezza che spesso la regola di comportamento più efficace è quella autonomamente data dai protagonisti, piuttosto che quella dettata dal legislatore.

Si sono fornite così delle indicazioni di massima per l'elaborazione dei provvedimenti del giudice dell'appello, che prendono spunto sia dai suggerimenti di alcune corti di appello sia dai protocolli che si è avuto modo di analizzare. Esse vogliono essere un contributo alla riflessione sui requisiti necessari a coniugare i criteri di sinteticità, completezza e chiarezza espositiva, e fornire la base per iniziative formative volte all'insegnamento, anche universitario, di tecniche di redazione di atti.

Infine, si è dedicata attenzione al fatto che il principio di sinteticità si declina anche "*nell'oralità*" (il punto era stato affrontato dal gruppo di lavoro con riferimento all'udienza pubblica in Cassazione, sulla quale però, nel frattempo, sono intervenute le recenti modifiche contenute nella legge 25 ottobre 2016, n. 197, che impongono una revisione del tema); la questione è emersa nelle audizioni che il gruppo di lavoro ha condotto coi presidenti (o i delegati) di alcune tra le principali corti d'appello italiane per numero di processi pendenti e bacino di utenza. Si è ritenuto opportuno, pertanto, fare un accenno anche alla questione del raccordo tra applicazione del filtro in appello e udienza *ex* art. 350 c.p.c., nella quale il giudice sente le parti prima di procedere alla trattazione, per consentire uno svolgimento effettivo dell'udienza, nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo.

Di seguito, dunque, i tre principali ambiti nei quali il gruppo di lavoro ha ritenuto opportuno intervenire: la struttura del provvedimento del giudice, perché l'impugnazione della parte possa ricalcare quella struttura e articolarsi nel modo più chiaro e sintetico; la struttura dell'atto di appello (e a questo proposito si è ritenuto opportuno formulare una proposta di modifica degli artt. 342 e 434 c.p.c. per le ragioni che sopra si sono indicate); la formazione specifica, in ambito universitario e post-universitario, a partire dalle Scuole per le professioni legali, per arrivare alle Scuole superiori della magistratura e dell'avvocatura ed alle Scuole forensi, che potrebbero organizzare specifici corsi sulla scrittura degli atti giudiziari, dove si insegni a redigere atti e provvedimenti in modo chiaro e sintetico, con indicazioni soprattutto per ciò che riguarda il modo di strutturare il ragionamento giuridico e il linguaggio da utilizzare.

Si ritiene, anche su questo versante, di sottoporre all'attenzione del Ministro la possibilità di aprire una linea di confronto e di dialogo con i soggetti a vario titolo coinvolti.

§ 4.1 I provvedimenti del giudice

Nel lavorare sulle norme del processo civile in punto di sinteticità, si è rilevato che sono già numerose le disposizioni che riguardano gli atti del giudice, mentre poche riguardano gli atti delle parti.

Quanto alla sentenza, l'art. 132, n. 4, c.p.c. (modificato dall'art. 45 della legge 18 giugno 2009, n. 69) prescrive che essa contenga "*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*". L'art. 118 disp. att. prevede che "*la motivazione della sentenza di cui all'art. 132, c. 2, n. 4, del codice consist[a] nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*" (comma 1,

come anch'esso modificato dall'art. 53 della citata legge n. 69 del 2009), e che "*debb[a]no essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati*" (comma 2) e che "*In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici*" (comma 3).

L'art. 134 stabilisce che l'ordinanza sia "*succintamente*" motivata; l'art. 135 dispone che il decreto "*non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge*".

Con specifico riferimento ai giudizi di merito, l'art. 281-*sexies* c.p.c., per il caso di decisione a seguito di trattazione orale dinanzi al giudice monocratico, consente la lettura della "concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione". L'art. 348-*ter*, inoltre, prevede che, nel caso in cui dichiari inammissibile l'appello ai sensi dell'art. 348-*bis*, il giudice pronunci ordinanza "*succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi*".

Quanto al giudizio di cassazione, fermi restando i principi generali degli articoli 132 e seguenti, non esistono norme corrispondenti a quelle degli artt. 281-*sexies* e 348-*ter*. Nelle precedenti formulazioni l'art. 380-*bis* c.p.c., nel regolare il procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso e per la decisione in camera di consiglio, prevedeva che il relatore della "*apposita sezione*" (la sesta sezione civile), cui era rimessa *ex* art. 376 c.p.c. la verifica dei presupposti "*per la pronunzia in camera di consiglio*", depositasse una relazione "*con la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi di fatto e diritto in base ai quali ritiene che il ricorso possa essere deciso in camera di consiglio*" (versione introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), o "*con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia*" (versione introdotta dalla già citata legge n. 69 del 2009).

In esito alle modifiche apportate dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197, il rito camerale diviene la regola e l'udienza pubblica viene riservata ai casi in cui si trattino questioni di diritto di particolare rilevanza. L'inversione del rapporto regola-eccezione comporta, quanto ai provvedimenti, che d'ora in avanti la decisione con ordinanza (propria del rito camerale) diventi la regola rispetto alla decisione con sentenza, con le relative conseguenze in tema di sinteticità dei provvedimenti della Corte.

Il legislatore del codice ha, dunque, già da tempo stabilito che i provvedimenti del giudice debbano rispondere a canoni di chiarezza e sinteticità. Non occorrono pertanto nuove norme, ma si possono individuare dei criteri che declinino questi canoni in tecniche di selezione degli elementi essenziali alla funzione del particolare tipo testuale che viene in considerazione (mentre verranno scartati gli elementi superflui).

Di seguito una indicazione di obiettivi, principi e caratteristiche dei provvedimenti che il giudice emette in grado di appello.

I principi di chiarezza, sinteticità, completezza espositiva e, al tempo stesso, essenzialità dovranno saldarsi in una visione "unitaria", qualunque sia il provvedimento emesso dalla corte territoriale, ferme le specificità dei singoli tipi di pronuncia. E dunque:

- Sentenza "ordinaria"

A) Lo **"svolgimento del processo"** deve essere possibilmente articolato in paragrafi, secondo una numerazione progressiva e prendere le mosse dalla **sentenza di primo grado**, ma **con particolare attenzione alla ricostruzione della vicenda concreta**, quando il motivo di appello faccia leva su un errore commesso dalla pronuncia impugnata nella ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado.

L'indicazione delle domande ed eccezioni (accolte o respinte dal primo giudice) deve essere anch'essa funzionale a porre in luce quanto ancora rilevante e utile ai fini della decisione in appello.

I motivi di appello "principale" e "incidentale" sono rappresentati solo sinteticamente nel loro contenuto, seguendo la successione indicata dall'appellante.

Infine si deve schematicamente dare atto di come si è sviluppato lo svolgimento processuale.

B) La "**motivazione**", anch'essa articolata in paragrafi numerati progressivamente, **deve porre in luce immediatamente e con chiarezza** il "*devolutum*" ed indicare prima le questioni di rito e poi quelle di merito.

L'**obiettivo** rimane pur sempre quello di evitare ragionamenti intorno al *thema decidendum* che non siano "**necessari**" ai fini della definizione del giudizio di appello e di percorrere con linearità quell'*iter* motivazionale che conduca alla decisione nel modo più chiaro ed essenziale che sia possibile.

In particolare, qualora sia stata sollevata l'eccezione di inammissibilità dell'appello *ex* art. 342 c.p.c., essa deve essere subito vagliata, spiegando le ragioni che ne fondano l'"accoglimento", tale da sfociare in una pronuncia di "inammissibilità", o, viceversa, le ragioni del "rigetto": in tal caso quale passaggio propedeutico alla valutazione dei motivi di appello nel merito.

Nel merito, la motivazione deve ovviamente affrontare tutti i motivi di impugnazione, che tuttavia possono essere esaminati dal collegio anche discostandosi dalla successione seguita dall'appellante (a meno che, per il modo in cui sono costruiti l'appello e l'eventuale appello incidentale, le parti non abbiano in qualche misura "condizionato" l'ordine della decisione). Ove possibile sul piano logico, ciò dovrà avvenire anche previo accorpamento delle censure medesime.

A fronte di questioni di rito che non siano "dirimenti", la sussistenza di tali profili può essere meramente indicata, passando al merito e ricorrendo al criterio della cosiddetta "*ragione più liquida*": esaminando cioè quel motivo che sia di per sé suscettibile di assicurare la definizione del giudizio.

Analogamente, non è necessario esaminare i "motivi" che il collegio ritenga comunque "assorbiti" in quanto incompatibili sul piano logico con il percorso decisorio già svolto (nel qual caso il collegio si limiterà a darne atto).

La sentenza deve essere poi corredata dai riferimenti giurisprudenziali che risultino non solo opportuni, ma anch'essi necessari e funzionali alla questione trattata, a seconda che si tratti di "questione di fatto" o "di diritto".

- *Sentenza* ex *art. 281*-sexies *c.p.c.*

La sentenza contestuale è volta "*alla lettura del dispositivo e alla* <u>*concisa*</u> *esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*". Perciò essa prescinde dallo "svolgimento del processo", fatti salvi i richiami funzionali all'individuazione dell'oggetto del giudizio e alle censure che vengono rivolte alla pronuncia. Nella valutazione dei motivi di appello, l'obiettivo deve essere quello dell'elaborazione di un nucleo motivazionale che – pur necessariamente sintetico nei contenuti e "conciso" nell'esposizione, secondo quanto richiede la norma indicata – si prospetti come chiaro ed esauriente e abbia quindi la stessa "tenuta" della sentenza "ordinaria".

- *Ordinanze* ex *art. 348*-bis *c.p.c.*

A) La motivazione dell'ordinanza resa ai sensi degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. deve conformarsi il più possibile alle indicazioni di funzione e struttura della sequenza "rito-provvedimento" dettate dal codice: ciò al fine di assumere propri specifici connotati in relazione alla peculiarità dell'istituto introdotto dal decreto-legge n. 83 del 2012 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012).

In quest'ottica, la pronuncia di inammissibilità dell'appello ha una sua singolare collocazione, adeguata ai presupposti che ne consentono l'adozione, e che la differenziano anche dai modelli decisionali "agili", che possono essere adottati per definire le controversie in forza di presupposti processuali non coincidenti con quelli degli artt. 348-bis e 348-*ter* c.p.c.

Sembra evidente che un siffatto modello decisionale dell'ordinanza *ex* artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. potrebbe operare al meglio in forza di una previa rimodulazione della "organizzazione" del lavoro dei giudici di appello, volta a privilegiare un preliminare *screening* (o "spoglio") delle impugnazioni che si prestano effettivamente ad essere decise in quanto prive di una ragionevole probabilità di essere accolte.

B) Sotto il profilo funzionale, l'ordinanza di inammissibilità dell'appello *ex* artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. rappresenta uno strumento di semplificazione e di accelerazione inteso alla riduzione dei tempi necessari per la definizione delle cause civili.

Sotto il profilo strutturale, essa si sostanzia in un giudizio prognostico sulla manifesta infondatezza "nel merito" dell'impugnazione, la quale non abbia "una ragionevole probabilità di essere accolta".

Un tale giudizio si presenta necessariamente sommario, giacché l'ordinanza, come sopra strutturata, deve essere pronunciata all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., sentite le parti, ma prima che si proceda alla trattazione.

Sotto il profilo dei rimedi (e per quanto specificamente interessa in questa sede, ai fini dell'individuazione del contenuto "minimo" del provvedimento), alla luce di quanto affermato da Cass. civ, S.U., 2 febbraio 2016, n. 1914, l'ordinanza in questione: *i)* è ricorribile per cassazione (ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione) soltanto per vizi suoi propri costituenti violazioni della legge processuale; *ii)* non è ricorribile per cassazione, neppure con ricorso straordinario, ove si denunci l'omessa pronuncia su un motivo di gravame; *iii)* tuttavia, è ricorribile con ricorso straordinario in caso di difetto di motivazione da assumersi nel cosiddetto "minimo costituzionale" (assenza materiale/grafica della motivazione; affermazioni assolutamente inconciliabili tra di loro, ovvero totalmente incomprensibili e/o perplesse, tali da non rendere intelligibile la *ratio decidendi*).

Dunque, ove emessa alla stregua dei presupposti di legge (tra gli altri: appello ammissibile e procedibile; appello non concernente cause *ex* art. 70 c.p.c. o proposto a norma dell'art. 702-*quater* c.p.c.), l'ordinanza non avrà rilievo nell'eventuale giudizio di cassazione, da proporsi esclusivamente avverso la sentenza di primo grado (art. 348-*ter*, secondo comma, c.p.c.).

C) La decisione di inammissibilità per manifesta infondatezza nel merito dell'appello, ove presa nella sua portata effettiva, quale mero giudizio prognostico negativo sommariamente assunto, non può che apparire, morfologicamente, come provvedimento sinteticamente argomentato (l'art. 348-*ter* c.p.c. richiama la motivazione "succinta"). In tal senso, l'ordinanza *ex* artt. 348-*bis*/*ter* c.p.c. risponderebbe anche alla funzione acceleratoria che ne ha distinto la previsione.

Una tale struttura motivazionale potrebbe congegnarsi in base a modelli flessibili, che debbono essere privilegiati in quanto, pur nella indicazione di uno schema di massima, consentono di adeguare il testo del provvedimento alle esigenze del caso ed anche alle propensioni del singolo estensore.

Gli schemi di massima potrebbero distinguersi in risposte plurime correlate alle singole censure, oppure (ma solo ove l'articolazione delle doglianze lo consenta, in ragione della possibile aggregazione dei profili) risposta unica globalmente articolata in rapporto al complesso delle censure.

In tutti i casi, le argomentazioni dovranno essere le più concise possibili, in funzione del risalto da dare alla manifesta inconsistenza della denuncia, senza, quindi, necessità di scendere in approfondimenti giuridici e/o fattuali, volti piuttosto alla "persuasione". Quest'ultimo carattere, infatti, (al di là di ogni opinione che si abbia sulla (poli)funzione della motivazione, che, invero, è costituzionalmente orientata a fornire anzitutto le ragioni della decisione) appare comunque superfluo nell'ipotesi in esame, giacché non sarà il provvedimento del giudice di appello ad essere investito dall'eventuale impugnazione "nel merito".

Nel confezionamento di modelli motivazionali flessibili, occorrerebbe dare ampio spazio al rinvio *per relationem* agli atti di parte, sia per ciò che concerne l'esposizione dei fatti di causa, sia per l'individuazione dei motivi di appello. Pure auspicabile è il rinvio *per relationem* alla sentenza di primo grado, mantenendo comunque fermo, in un'ottica di flessibilità dei modelli, il principio della chiarezza e della necessità del rispetto del "minimo costituzionale" della motivazione, così da rendere comunque intelligibile il percorso argomentativo seguito dal giudice di appello.

In conclusione, il criterio/principio di massima che dovrebbe guidare l'estensore dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello dovrebbe essere quello non già di utilizzare schemi preconfezionati, nei quali assemblare corpi "estranei" (nel senso del "copia/incolla" di atti di parte o della sentenza impugnata), ma di eliminare il superfluo rispetto alle sole ragioni della decisione. Sarà utile, a tal fine, la tecnica del rinvio *per relationem* (ad esempio quanto ai precedenti giurisprudenziali, senza riportare per esteso passi della motivazione, ma limitandosi all'enunciazione del principio di diritto), ma, pur sempre, dando piena evidenza del percorso argomentativo specificamente riferito alle censure di gravame (ciò che, evidentemente, presuppone quel previo studio della controversia, necessario per far funzionare l'istituto in questione).

§ 4.2 Gli atti di parte

La sinteticità degli atti processuali di parte non è fatta oggetto di prescrizioni normative di carattere generale.

Si è già ricordato, a proposito del giudizio di cassazione, che il richiamo alla sinteticità degli atti è rivolto alle parti del processo in due occasioni, cui se ne aggiungeva una terza, di recente soppressa: all'art. 363 c.p.c. ("Ricorso nell'interesse della legge"), dove si legge che "*(…) La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente (…)*"; all'art. 366 c.p.c. ("Contenuto del ricorso"), per il quale "*Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità: (…) l'esposizione sommaria dei fatti della causa (…)*"; e all'art. 379 c.p.c. ("Discussione"), oggi modificato dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197, ove era previsto che "*(…) Non sono ammesse repliche, ma gli avvocati delle parti possono nella stessa udienza presentare alla corte brevi osservazioni per iscritto sulle conclusioni del pubblico ministero*".

Un invito questa volta alla "*chiarezza*" nell'esposizione delle ragioni del ricorso era contenuto nell'art. 366-*bis* c.p.c. ("Formulazione dei motivi"), che si accompagnava ad una sanzione di inammissibilità, la quale ne ha comportato l'abrogazione ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69: "*Nel caso previsto dall'articolo 360, primo comma, n. 5), l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione*".

La sinteticità degli atti di parte nel giudizio di legittimità ha trovato inoltre – ma solo in tempi molto recenti – una regolazione di carattere convenzionale, con il protocollo tra Corte di cassazione e Consiglio nazionale forense del 17 dicembre 2015.

In generale, le previsioni in tema di obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali civili (art. 16-*bis*, comma 9-*octies*, decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221) prescrivono la redazione in forma sintetica tanto degli atti di parte che dei provvedimenti del giudice.

Come ricordato in premessa, il disegno di legge delega sulla riforma del processo civile approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016 e oggi all'esame del Senato (n. 2284 AS), fissa i criteri direttivi "in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile", prevedendo la "introduzione del principio di sinteticità degli atti di parte e del giudice", anche in vista dell'adeguamento delle norme processuali all'introduzione del processo civile telematico (art. 1, comma 2). Anche nell'articolato predisposto nel dicembre 2013 dalla commissione ministeriale presieduta da Romano Vaccarella e incaricata di "*elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione*", era prevista una norma (art. 121, comma 2), nella quale si affermava in linea generale che "*Il giudice e le parti redigono gli atti processuali in maniera sintetica*".

Si conviene dunque con l'**inserimento nel codice di una norma di carattere generale**, analoga a quella già proposta dalla commissione Vaccarella, evitando cioè ogni riferimento alla misura quantitativa degli atti e mutuando dall'art. 3 del codice del processo amministrativo il riferimento alla chiarezza. È vero che gli atti processuali, per definizione, non dovrebbero essere oscuri e vaghi, e se lo sono si auto-sanzionano senza che il legislatore neppure debba dirlo, ma è pure vero che coniugare, nel codice, la sinteticità con la chiarezza, esprime un valore più alto di quanto non faccia la sinteticità in sé stessa.

La norma verrebbe perciò così formulata: "*Il giudice e le parti redigono gli atti processuali in maniera chiara e sintetica*".

Quanto alla proposta di modifica cui si è accennato in premessa, relativa agli artt. 342 e 434 c.p.c., le ragioni della proposta sono state già indicate.

Si propone dunque la seguente modifica all'**art. 342 c.p.c.** (e dell'omologo **art. 434 c.p.c.**):

> "342. Forma dell'appello. – L'appello si propone con citazione. Deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 163 **e individuare i capi della decisione di primo grado che vengono impugnati**. Deve essere motivato **e indicare**, a pena di inammissibilità:
> "1) **le censure alla** ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado **e la loro rilevanza**;
> "2) **le** violazioni di legge **e la** loro rilevanza."
> (Il secondo comma rimane invariato.)

> "434. Deposito del ricorso in appello. — Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 414 **e individuare i capi della decisione di primo grado che vengono impugnati**. L'appello deve essere motivato **e indicare**, a pena di inammissibilità:
> "1) **le censure alla** ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado **e la loro rilevanza**;
> "2) **le** violazioni di legge **e la** loro rilevanza."
> (Il secondo comma rimane invariato.)

§ 4.3 La formazione professionale specifica nel settore civilistico

Ferme queste due proposte di modifica normativa, quella di carattere generale e quella concernente la forma-contenuto dell'atto di appello, in conformità alla premessa per cui la questione "sinteticità e chiarezza" degli atti processuali è questione fondamentalmente culturale, la concentrazione delle energie anche del Ministero della giustizia dovrebbe essere diretta soprattutto alla formazione di una siffatta cultura.

Si è detto in altra parte della relazione (§ 3.3) della possibilità di porre la questione della necessità di una formazione specifica, nel corso di laurea in giurisprudenza e nelle scuole per le professioni legali, sul linguaggio giuridico e poi in punto di tecniche di redazione degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice.

Di seguito si forniscono qui alcuni spunti, formulati con riferimento specifico alla formazione nella materia del processo civile, che possano costituire una base di riflessione.

Iniziando dalla **sentenza**, e viste le indicazioni che si sono proposte nella parte relativa agli atti del giudice, qui è sufficiente riprendere quanto la Corte di cassazione ci ha ricordato: il tipo di pronuncia che emerge dagli interventi della giurisprudenza degli ultimi decenni è quello di una sentenza funzionale, flessibile, "deformalizzata", improntata al contemperamento delle esigenze di effettività della tutela ed efficienza del sistema attraverso la conciliazione, in apparenza difficile, tra una motivazione comprensibile e idonea ad esplicitare il ragionamento decisorio che sia tuttavia concisa, succinta ed in ogni caso tale da giungere in tempi (più) ragionevoli. Una sentenza che – fermo il rispetto di alcune ben note regole processuali (il divieto di ultrapetizione o omessa pronuncia, il divieto di porre a base della decisione fatti e prove non ritualmente introdotti dalle parti nel processo, il divieto delle c.d. "sentenze della terza via", e via dicendo) – non conosce però regole di contenuto. Neppure deve osservare, rispetto ad esso, una qualche forma di "originalità", tant'è che è possibile riportare nella pronuncia il contenuto di scritti (altre sentenze, atti amministrativi, scritti difensivi di parte o più in generale atti processuali) la cui paternità pure non sia attribuibile all'estensore (Cass. civ., S.U., 16 gennaio 2015, n. 642).

La formazione specifica dovrà avere perciò come punto di partenza la considerazione per cui chiarezza, inequivocità ed esaustività della motivazione (oltre alla chiara riferibilità di essa al giudice che la sottoscrive) costituiscono il presupposto della validità di qualunque sentenza. E che una eccessiva lunghezza della pronuncia, quando non è funzionale a scandire i passaggi di una interpretazione offerta su temi particolarmente complessi o di particolare respiro, non aiuta alla comprensione della posizione che vi viene espressa.

Quanto all'**atto di parte**, l'insegnamento dedicato alla costruzione dell'atto giudiziario dovrà tenere conto degli ambiti nei quali operano precise regole, di fonte normativa o giurisprudenziale, e degli ambiti in cui invece è lasciato spazio al difensore nell'individuazione della tecnica più adatta per la presentazione delle proprie tesi.

Si potrà pertanto distinguere tra situazioni in cui: *i)* esistono regole, normative o di formazione giurisprudenziale (com'è per atto di citazione e ricorso nel rito lavoro, memoria istruttoria, atto di appello, ricorso in cassazione e controricorso); *ii)* non esistono regole precise, normative o di formazione giurisprudenziale (comparsa di costituzione e memoria difensiva, fermo quanto impone l'art. 115 c.p.c., comparsa conclusionale, note difensive nel rito lavoro, comparsa conclusionale di replica, memoria *ex* art. 378 c.p.c.).

Qualunque sia l'atto di parte da redigere, la costruzione del ragionamento muoverà dalla ricerca delle idee necessarie a svolgere la tesi prefissata (la c.d. *inventio* o εὕρεσις, per riprendere le espressioni della retorica), per poi passare all'organizzazione degli argomenti (la *dispositio* o τάξις, termine che indica l'ordine di schieramento dell'esercito per la battaglia e che per questo è passato ad indicare l'ordine delle parti di un discorso con il quale si vuole convincere).

Nell'esposizione degli argomenti, e nella scelta di come e quando introdurli, occorrerà tener conto del fatto che nelle impugnazioni, diversamente da quel che accade negli atti introduttivi del giudizio di primo grado (dove l'argomento "in diritto" non incontra preclusioni di sorta), il "quando" non è rimesso alla scelta della parte. Infatti, la necessità dell'individuazione dei motivi e la costruzione dell'atto che ne consegue impediscono al difensore di riservare alla conclusione del giudizio argomenti nuovi, che pure potrebbero "sorprendere" positivamente il giudice chiamato a decidere. Il "come", invece, dipende sia dalla strategia difensiva (se sia meglio premettere i motivi più forti o quelli più deboli), sia dall'ordine logico delle questioni che il difensore vuole imprimere alla decisione, ferma la possibilità per il giudice di seguire un ordine diverso, ove non vi siano indicazioni vincolanti, anche in base al principio della "ragione più liquida" che sopra si è già richiamato.

§ 4.4 I risultati delle audizioni dei presidenti di corte d'appello

Nel rilievo delle prassi delle corti d'appello italiane, si sono tenute alcune audizioni tese a verificare l'applicazione degli art. 342, 434 e 348-*bis* c.p.c. in alcuni dei principali distretti giudiziari.

Il primo dato emerso dalle audizioni dei Presidenti di Corte (o di loro delegati) dei distretti di Milano, Bologna, Firenze, Roma e Napoli, è la volontà di un confronto sia all'interno del collegio giudicante sia con i difensori delle parti già nella fase iniziale del processo: nel momento, cioè, in cui il giudice è chiamato a scegliere l'impostazione da dare al giudizio, secondo la novella del 2012 (pronuncia immediata *ex* art. 348-*bis* c.p.c., oppure prosecuzione del processo nelle forme ordinarie, con eventuale svolgimento di attività istruttoria se necessaria e fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero fissazione dell'udienza *ex* art. 281-*sexies* c.p.c.).

Questi gli ulteriori dati forniti:

- innanzitutto, le pronunce di inammissibilità dell'appello per violazione dell'art. 342 e 434 c.p.c. non sono in numero elevatissimo: in prevalenza, si cerca di dare una lettura non eccessivamente formalistica delle norme in questione, anche se non possono escludersi pronunce più rigorose e contrasti tra orientamenti all'interno della corte;

- in secondo luogo, le corti applicano l'art. 348-*bis* c.p.c. in modo non omogeneo: talune ne fanno un uso più ampio, altre optano per la decisione *ex* art. 281-*sexies*, che consente comunque una motivazione concisa delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Presso alcune corti sussiste la prassi di una riunione in pre-camera di consiglio, che si tiene prima delle udienze di trattazione. In tale riunione pre-camerale, il consigliere cui è assegnato il fascicolo illustra al collegio il contenuto degli atti difensivi; dalla discussione emergono i possibili

esiti del processo di appello (ordinanza *ex* art. 348-*bis*, apertura della fase istruttoria/decisoria o discussione *ex* art. 281-*sexies*), i quali verranno poi esaminati nell'udienza che si terrà con la presenza dei difensori.

Altra "*buona prassi*" emersa è quella di utilizzare l'art. 168-*bis* comma 5 c.p.c. per differire la data dell'udienza fissata nell'atto introduttivo ad altra **udienza "c.d. filtro"**. Questa è destinata espressamente alla trattazione di fascicoli che, già in base all'oggetto o al tenore della sentenza o dei motivi (ad esempio, appello sulle spese), possono essere agevolmente definiti, salvo che le parti non richiedano note scritte. In tal modo il provvedimento di fissazione dell'udienza può contenere le indicazioni necessarie ad avvertire le parti e i loro difensori del tipo di trattazione che verrà svolta.

Così facendo si mira, in sostanza, allo svolgimento di una udienza nella quale tutti i protagonisti, giudici ed avvocati, sono tendenzialmente preparati alla discussione della causa, con una riduzione auspicabile dei tempi di decisione della lite.

La diffusione di una "*buona prassi*" che miri alla migliore organizzazione della fase di avvio del giudizio, alla contrazione dei tempi morti tra una udienza e l'altra, e a consentire un contraddittorio pieno ed effettivo, è uno degli obiettivi che può essere raggiunto mediante l'impiego di protocolli, del tipo di quelli che già esistono soprattutto con riferimento ai giudizi di primo grado.

Ulteriori buone prassi, emerse nel corso delle audizioni, con riferimento alla costruzione degli atti giudiziari, sono quelle contenute nel protocollo del distretto di Corte d'appello di Bologna e nel protocollo sul processo civile telematico del Tribunale e della Corte d'appello di Milano. Per il giudizio di appello si veda anche il protocollo della Corte d'appello di Torino.

§ 5. La sinteticità in ambito penale. Considerazioni generali

Anche per il processo penale il quadro normativo non contiene oggi una disposizione che richiami specificamente il principio di "*sinteticità degli atti*".

Da tale constatazione ha preso le mosse la riflessione che – già nella prima fase dei lavori del gruppo – ha condotto a prospettare le varie modifiche al codice di rito che si sono richiamate nel precedente § 2.3 e che – richiamando detta esposizione – in queste proposte conclusive si ribadiscono, con le puntualizzazioni che si esporranno.

Ci si riferisce in primo luogo alla ipotizzata introduzione di un **articolo 109-*bis* c.p.p.** rubricato "*Principio di sinteticità degli atti*" ed avente, anche per la sua collocazione sistematica, portata generale rispetto all'intero processo penale; e a disposizioni specifiche del settore delle impugnazioni, che investono gli **articoli 523, 581, 606 e 614 del codice di rito**. I testi proposti possono leggersi nell'articolato allegato alla presente relazione.

Ciò premesso, preme però riproporre – anche per il settore penale – quella che è la l'acquisizione di fondo scaturita dalla riflessione del gruppo di lavoro: il fatto, cioè, che anche rispetto allo strumento dell'innovazione legislativa, è l'ambito formativo ad apparire – in una visione d'insieme – il più fertile perché possa intraprendersi fiduciosamente la via della sinteticità processuale.

Si dirà appresso dell'incidenza generale che sul processo esplica una corretta formulazione dell'imputazione. Ma – ovviamente – i difetti di essa non sono certo gli unici responsabili dei giudizi pletorici e delle motivazioni ipertrofiche degli atti processuali successivi.

Accade non di rado che, anche quando inizia con imputazioni precise, il giudizio si concluda con decisioni prolissamente motivate. E altrettanto si verifica per gli atti d'impugnazione.

"*Niente di troppo*". Lo stile deve essere "*grave sì ma semplice e chiaro*". Parole trasparenti piuttosto che "*frasi insolite e periodi pazzi*": sono le raccomandazioni di Nicola Nicolini – Primo Presidente della Corte di cassazione del Regno di Napoli – a mostrarci, a inizio '800, quanto sia radicata nello stile italiano l'abitudine dell'eccesso verbale.

In effetti, se si volessero passare in rassegna le notazioni critiche svolte a questo riguardo dalla migliore dottrina, neppure la presente relazione potrebbe essere concisa. Ma è utile registrare almeno una delle riflessioni di Franco Cordero, secondo il quale le sentenze verbose parlano una lingua morta, che poco dice ai destinatari tecnici della comunicazione, e suscitano nel pubblico "*sensazioni allarmanti*".

L'esperienza consente di precisare quegli allarmi, così come i gravi effetti della distorsione, capaci di compromettere le funzioni dell'atto "viziato" nel linguaggio oppure sproporzionato nella dimensione.

Per fare un esempio di piena attualità, con particolare riferimento alla motivazione in punto di fatto, quando la sovrabbondanza espositiva scaturisce dall'incorporazione di materiali digitalizzati, essa mette a rischio la terzietà (al giudice della misura cautelare o dell'abbreviato quei materiali pervengono dal pubblico ministero che sovente li ha ricevuti, tal quali, dalla polizia giudiziaria) e vanifica la funzione conoscitiva del provvedimento.

Questa funzione è forse la più importante tra le ragioni d'essere della motivazione scritta: è quella che salda le altre due, cioè la funzione di consentire l'impugnazione e quella di rendere controllabile dal popolo la decisione.

Più delle altre, la prima è rappresentativa della fiducia che l'ordinamento ripone nella razionalità della decisione: ma la clonazione informatica eclissa il substrato intellettivo della scrittura e non garantisce che chi produce segni grafici li abbia letti e compresi.

Sarebbe riduttivo, però, identificare nelle sole pletoricità digitali le cause del fenomeno delle motivazioni ipertrofiche.

In effetti, è a partire dal 1865 che gli ammonimenti legislativi si succedono. L'art. 265 del regolamento generale giudiziario di quell'anno imponeva, laddove mancassero norme puntualmente applicabili, un "*conciso*" riferimento ai principi generali.

L'aggettivo divenne canonico. E ritornò in tutte le codificazioni successive (con la singolare eccezione del codice del 1913). Il codice del 1930 richiedeva "*una concisa esposizione dei motivi*" (art. 474, n. 4) e l'art. 35 delle disposizioni di attuazione si rivolgeva ai giudici della Cassazione perché scrivessero lo "*strettamente necessario*".

Il codice del 1988 – come s'è visto in una precedente parte della presente relazione (§ 2.3) – sostanzialmente riprende quelle formule. Ma si tratta di previsioni che non funzionano.

Il vizio di violata concisione non è poi sanzionato rispetto ad alcun atto giudiziario. Nel rilevarlo, la Corte di cassazione ha avuto modo di rimarcare che "*gli strumenti della critica letteraria (…) non trovano diretto utilizzo nei procedimenti di controllo processuale del concreto esercizio della giurisdizione*" (sez. IV, 27/1/2010, n. 24732).

Del resto, non può trascurarsi che in un processo, anche per una sola imputazione e a carico di un solo imputato, molteplici informazioni probatorie e ipotesi possono intrecciarsi. Il problema si complica in misura esponenziale quando aumenta il numero dei giudicabili e delle *res iudicandae*.

§ 5.1 L'imputazione: sintesi, chiarezza, precisione

La constatazione che nella sequenza processuale ogni atto – di parte o del giudice – influisce di fatto sulla modalità espressiva ed argomentativa dei successivi, essendo peraltro influenzato a sua volta da quelli precedenti, ha indotto il gruppo di lavoro ad avviare la riflessione sulla sinteticità in ambito penale già in rapporto al primo atto fondante del processo: l'imputazione.

L'idea di fondo è quella che il conseguimento dell'obiettivo di sinteticità di un atto processuale non può essere affidato soltanto alla capacità del suo estensore, ma deve necessariamente scaturire anche da un sistema complessivo che sia propulsivo in questo senso.

Dall'imputazione, quale atto espressivo della scelta di esercitare l'azione penale, il giudizio prende le mosse, per accertare con metodo dialettico le proposizioni fattuali (tipicità oggettiva e soggettiva) e relazionali (colpevolezza, antigiuridicità) che ricalcano la struttura del comportamento che il legislatore ha ritenuto meritevole di pena.

Dunque, un'imputazione rispettosa dei canoni di sintesi, chiarezza e precisione influisce con evidenza sullo svolgimento del giudizio, condizionandone la dimensione e la durata; del pari, un'imputazione completa ma essenziale concorre all'attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Il gruppo ha pertanto analizzato l'incidenza delle modalità con cui l'addebito viene fissato nel capo d'imputazione rispetto agli atti successivi ed in particolare alla loro sinteticità: ciò sia dal lato degli spazi riconosciuti alla difesa, sia dal lato dell'attività cognitiva e, poi, dell'onere motivazionale del giudice.

Nella descrizione del fatto, il pubblico ministero ha il compito di selezionare i dati storici sulla scorta del criterio fornito dalla fattispecie incriminatrice. Si può affermare, di riflesso, che l'oggetto della prova e del giudizio coincide con il fatto esposto nella descrizione contenuta nell'imputazione. I fatti distillati in essa costituiscono, pertanto, il parametro sulla base del quale il giudice può stabilire, nelle battute iniziali del dibattimento, la rilevanza delle prove richieste ovvero la loro superfluità (art. 190 c.p.p.).

Sono intuibili le conseguenze che sulle dinamiche dibattimentali produce un'accusa descritta genericamente o, viceversa, troppo particolareggiata, con l'inserimento di dati storici non necessari per l'identificazione del fatto di reato. Ma, ancor più a fondo, il contenuto descrittivo dell'accusa è destinato a delimitare gli ambiti decisori del giudice.

Nell'attuare la sua funzione di selettore dei fatti rilevanti per dar corpo ad un'imputazione chiara e precisa, il pubblico ministero deve ovviamente evitare di formulare accuse generiche, inidonee a identificare l'episodio storico e a garantire un corretto contraddittorio. L'ordinamento, come noto, sanziona con una nullità di ordine generale un simile atto di esercizio dell'azione penale, con attenzione ora alla lesione del diritto di difesa, ora all'inosservanza delle norme poste a presidio dell'iniziativa del pubblico ministero.

Tuttavia una simile prassi (impropria) da parte dell'ufficio requirente non può trovare risposta adeguata ed argine soltanto nell'ambito delle invalidità: deve essere una "*cultura della sinteticità*", che includa la capacità di individuazione ed enunciazione di ogni dato essenziale, a porre freno a tendenze del genere. Ciò può contribuire ad evitare che il giudizio diventi la sede della precisazione dell'ipotesi d'accusa, prima che (o anziché) il luogo della sua verifica, scongiurando il rischio che si sovverta l'ordine del processo riflesso nella struttura della sentenza: imputazione-motivazione-decisione.

Ma, nella prospettiva che in questa sede interessa, ancor più che l'imputazione generica, merita attenzione l'imputazione ipertrofica: quella che riflette un'errata interpretazione del concetto di precisione che il legislatore ha sancito nell'articolo 429, comma 1, lett. *c*), c.p.p. con il riferimento alla "*forma chiara e precisa*".

La precisione della forma non implica affatto una ricercatezza lessicale e linguistica, né legittima le cosiddette *imputazioni narrative*: quelle che eccedono lo scopo di rappresentare quei tratti della fattispecie concreta che ricalcano la struttura del reato contestato, inglobando una serie di informazioni per così dire congiunturali, attinenti cioè a profili inessenziali dell'addebito emersi dall'attività di indagine.

È da incentivare, al contrario, la tecnica di formulazione di tante imputazioni quanti sono i fatti-reato, evitando quelle oggettivamente cumulative, le quali presentano lo svantaggio di rendere meno ordinata l'esposizione del *thema decidendum*. Esse, infatti, desensibilizzano l'attenzione dei giudici e delle parti rispetto alle singole componenti dell'addebito; rendono più laboriosa la redazione dei dispositivi della decisione finale, quando questi hanno contenuto promiscuo (condanne e assoluzioni parziali); riducono la possibilità di comprensione da parte del pubblico; complicano le operazioni di registrazione informatica dei dispositivi (come si vedrà in rapporto al sistema informatico denominato SICP).

Non va trascurato, peraltro, che sulla tendenza a redigere imputazioni sovrabbondanti linguisticamente può incidere la tecnica di previsione delle fattispecie penali: una disposizione legislativa costruita su concetti vaghi spinge il pubblico ministero ad ampliare i margini descrittivi del fatto, con evidenti riflessi a livello di individuazione dell'oggetto della prova. Ma anche una fattispecie incriminatrice troppo dettagliatamente descritta nella norma può determinare analoghe conseguenze, con la redazione di imputazioni marcatamente – e talora eccessivamente – analitiche.

Si ripropone, pertanto, il concetto di fondo: il pubblico ministero deve fare buon governo del potere selettivo dei fatti storici, limitando il dovere contestativo a temi di prova necessari e sufficienti per accertare la colpevolezza dell'imputato. È questo il primo presidio per evitare che, a fronte di un'imputazione ipertrofica, la difesa si senta in diritto e in dovere di allargare le richieste e gli sforzi probatori ed il giudice possa essere condizionato a livello di accertamenti e, infine, di motivazione.

Invero, non è facile riconoscere il discrimine tra quanto rileva effettivamente sul piano accusatorio e quanto non rileva, ma compare nell'imputazione. Soprattutto i processi in tema di reati associativi, contestati cumulativamente a ipotesi concorsuali ed a reati-fine, offrono quotidiana conferma di queste preoccupazioni.

Non è questa la sede per scandagliare i possibili rimedi, anche sul piano della innovazione normativa, a fronte di richieste di giudizio formulate dal pubblico ministero in modo difettoso, per carente o insufficiente chiarezza e precisione del fatto reato o del fatto circostanziale descritto nell'imputazione.

Ci si limita a segnalare che la riflessione del gruppo ha riguardato anche l'eventuale introduzione della possibilità che la precisazione dell'imputazione sia sollecitata dal giudice, d'ufficio o su eccezione della parte, e possa essere determinata dalla necessità di assicurare chiarezza e precisione del fatto contestato. Ma è tema complesso, cui dovrebbe riservarsi ulteriore approfondimento.

Interessa piuttosto concentrare qui l'attenzione sulle implicazioni che il tenore dell'imputazione, in sé considerato, può determinare nello sviluppo del processo. È ovvia in primo luogo l'incidenza del capo d'accusa sulle dinamiche probatorie e sulla discussione, nonché infine

sulla portata argomentativa della sentenza che conclude il primo grado di giudizio. La stessa struttura logica di tale decisione viene – di fatto, nella gran parte dei casi – influenzata dallo schema espositivo dell'imputazione. I riflessi in termini di sinteticità della motivazione della sentenza sono agevolmente intuibili e ben noti nella pratica quotidiana forense.

§ 5.2 Lo sviluppo del giudizio. Impugnazione e decisione

Le premesse svolte a proposito dell'imputazione si riverberano nelle successive fasi del giudizio. La prassi mostra, infatti, che spesso la contestazione che l'appellante muove alla sentenza di primo grado viene strutturata mutuando da quest'ultima lo schema argomentativo, per contrastarne gli argomenti. E, a sua volta, la prima sentenza rispecchia nello sviluppo della motivazione la struttura logica del capo d'accusa.

Ordine e selettività logica nell'imputazione e poi nella sentenza sono, dunque, caratteri che possono influenzare analogamente l'atto di impugnazione e lo svolgimento del secondo grado di giudizio.

Ma vi è di più. Proprio come il pubblico ministero deve strutturare il capo imputativo inserendo quanto è necessario ma anche sufficiente per consentire un'immediata verifica dell'integrazione in concreto della fattispecie incriminatrice contestata, così l'appellante dovrebbe rispettare proficuamente questo schema, in primo luogo esplicitando sempre l'indicazione del capo e del punto della sentenza ai quali si riferisce ogni motivo.

Di fronte all'esperienza pratica che fa registrare un'attenzione non uniforme al dettato dell'articolo 581 del codice di rito, che regolamenta la forma dell'impugnazione, va pertanto sollecitato un rispetto pieno delle prescrizioni di legge, anche in funzione della ricerca della sinteticità: rispetto, quindi, non soltanto della lettera *c*) del citato articolo 581 (che impone l'enunciazione di motivi specifici), ma anche della precedente lettera *a*), ove è prescritta l'indicazione dei capi e dei punti della decisione che l'impugnante fa oggetto di censura.

Il rispetto di dette prescrizioni è, infatti, funzionale al fine di porre il giudice nella condizione di collegare subito e senza incertezza la censura ad un capo e a un punto della sentenza impugnata. Di conseguenza il giudice dell'appello potrà dare appropriata risposta, in linea con la individuazione dei capi e dei punti effettuata nell'impugnazione dalla parte.

Sulla base di quanto in precedenza esposto anche riguardo alla dimensione della motivazione, si ritiene necessario fondare sulla ragionevolezza e sulla funzione del singolo atto la determinazione della proporzione adeguata delle argomentazioni che lo sorreggono.

Il confronto in ambito formativo risulta perciò particolarmente auspicabile, considerando altresì che, in concreto, molto si può fare se si tiene in considerazione il complessivo sistema processuale.

Si sintetizzano qui appresso alcune riflessioni riferite a tecniche redazionali dei provvedimenti ed in particolare della sentenza di appello.

Non si intende con ciò fornire modelli di decisione, bensì semplicemente possibili schemi orientativi per una stesura che più agevolmente possa risultare rispettosa dei canoni di chiarezza e di sinteticità.

A) Sul **versante strutturale della sentenza**, è sempre utile una preventiva suddivisione dell'impianto di essa in tre parti essenziali:

La **prima parte** della sentenza deve riprodurre i soli termini della pronuncia di primo grado essenziali al *devolutum* o, comunque, suscettibili di interventi d'ufficio del giudice d'appello *ex* art. 597 c.p.p.

L'appello, infatti, deve dare risposte specifiche alle specifiche domande-doglianze e dar conto dell'eventuale esercizio dei poteri d'ufficio (ed anche del non esercizio, in caso di eventuale sollecitazione dalle parti, in assenza di motivi tempestivi e specifici sul punto).

L'indicazione dei fatti processuali (del primo giudizio e di quello d'appello) idonei ad influire sulla decisione, quali ad esempio le questioni processuali risolte con autonome ordinanze o le rinunce parziali ai motivi, trovano migliore collocazione nella parte valutativa della sentenza (la terza), se oggetto di motivi di appello. A ciò consegue che quello che tradizionalmente viene definito "svolgimento del processo" potrà essere davvero ridotto all'essenziale e spesso addirittura omesso. Il fatto contestato potrà di regola sintetizzarsi, traendo spunto dall'imputazione che sarà stata in precedenza già riportata.

Per la **seconda parte**, essenzialmente dedicata alle deduzioni dell'appellante, potrà mutuarsi la regola dell'art. 173 disp. att. c.p.p. (dettata per la sentenza della Corte di cassazione): scrivere il minimo indispensabile per spiegare i singoli motivi. Le ragioni poste a base di ogni motivo saranno valutate, quindi condivise o confutate, nella terza parte della sentenza.

Emerge qui una considerazione di fondo che in realtà rileva in diverse prospettive processuali: la semplificazione della trattazione passa attraverso la definizione ed il corretto impiego dei concetti di "capo", "punto", "questione", "motivo". Il capo è ogni statuizione (che produce un effetto giuridico) autonoma del dispositivo della sentenza; il punto è ogni autonoma tappa (logico-giuridica) della sentenza necessaria per giungere al traguardo che è la decisione del capo; le questioni sono le controversie, in fatto o in diritto, sostanziali o processuali, che si affrontano in ognuna di queste tappe, per decidere sul punto; il motivo è l'argomentazione della parte su capo, punto e questioni. Il giudice enuncia il capo, enuncia il punto, decide le questioni motivando. Sul piano formale numerare ogni motivo è uno dei modi per evitare il rischio di lacune nella trattazione.

La **terza parte** è dedicata alla motivazione specifica rispetto ai motivi dedotti.

Considerato che la ricostruzione del fatto e l'esame-valutazione dei motivi sono i compiti essenziali del giudice d'appello, sono di regola inutili richiami generici alla sentenza di primo grado, laddove ci si limiti ad affermarne la condivisione e l'immunità da errori o vizi logici.

Piuttosto, lo schema da seguire si incentra sulla doglianza rivolta al punto della decisione specificamente individuato e (argomentando, in rapporto ad esso, sulla imputazione e sulla decisione di primo grado) sfocia nella risposta specifica del giudice d'appello dopo l'autonoma rivalutazione del punto.

A ciò seguirà il dispositivo che – forse più di qualsiasi altro testo – esige formule chiare, precise ed uniformi.

B) Quanto alle **modalità espositive**, si può (meglio, si deve) evitare la riproduzione integrale delle risultanze: vanno rammentate le differenti qualificazioni che la prova assume nelle norme relative alla sua ammissione nel dibattimento (prove *rilevanti*, secondo l'art. 190 c.p.p., in rapporto all'oggetto della prova: art. 187) e in quelle che afferiscono alla giustificazione della decisione (art. 546, comma 1, lett. *e*; alle prove *decisive* si riferisce l'art. 606, comma 1, lett. *d*).

Il messaggio dovrebbe essere chiaro:

- non è affatto necessario – anzi, è sbagliato – riportare integralmente centinaia di colloqui telefonici o ambientali tra soggetti intercettati (ad esempio per dimostrare legami associativi di tipo criminale o controlli pervasivi esercitati su una vittima di tratta e sfruttamento). Le frasi salienti di quei colloqui basteranno di regola a fondare il convincimento: devono allora bastare anche a giustificarlo. Può essere utile allo scopo anche l'uso avveduto delle evidenziazioni (sottolineatura o grassetto); si deve invece evitare di riproporre in motivazione la evidenziazione di brani di conversazioni che sia stata in precedenza apposta negli atti ad altro fine e non sia dunque pertinente all'aspetto che si intende dimostrare o rimarcare. Se poi si vuol rendere l'idea della qualità o della continuità di una relazione interpersonale (perché questa è importante per l'articolazione di una delle ipotesi in campo), un rimando puntuale (faldone, affoliazione ecc.) agli atti acquisiti soddisferà ampiamente lo scopo;
- esaminati integralmente i materiali, il giudice seleziona quelli che fondano le ipotesi e li pone a base della decisione. Risulta davvero incomprensibile la ragione per la quale elefantiache trasposizioni di verbali testimoniali e riproduzioni di documenti scannerizzati e di trascrizioni debbano appesantire le sentenze del giudice italiano: non sono quelle le prove che l'art. 192 chiede di valutare e che l'art. 546 chiede di porre "a base della decisione";
- particolarmente nei giudizi di gravame, il materiale probatorio conferente dev'essere isolato in ragione dei temi contestati con l'atto di impugnazione: occorre discernere il nucleo dello scontro dialettico, che ad esempio potrebbe vertere sulla sola fondatezza (attendibilità) o sulla sola concludenza (peso) di una emergenza probatoria.

Se quanto precede vale precipuamente per le decisioni di merito, in sede di giudizio di cognizione come in sede cautelare, altrettanta attenzione merita la dimensione degli atti nella giurisdizione di legittimità.

Nell'impegno profuso dalla Corte di cassazione per elaborare criteri ispirati al principio di sintesi, per la redazione tanto delle sentenze quanto degli atti delle parti, sono state promosse iniziative di concerto con l'avvocatura al fine di rendere i ricorsi di agevole lettura e comprensione e, nei limiti del possibile, di lunghezza più contenuta (protocolli del dicembre 2015). È stato poi conferito rilievo all'esigenza di motivare in modo essenziale le sentenze nelle quali non si richiede l'esercizio della funzione nomofilattica. È il caso delle decisioni su ricorsi che sollevino questioni la cui soluzione comporta l'applicazione di principi consolidati, dai quali il collegio non ritenga di discostarsi, o comunque pongono questioni di semplice soluzione a fronte di motivi manifestamente fondati o infondati o non consentiti. Sono state emanate disposizioni interne in tema di motivazione delle sentenze penali, tra l'altro prevedendo motivazioni semplificate.

Il gruppo di lavoro ha dedicato attenzione a queste iniziative innovative che corrispondono a esigenze specifiche della Corte di cassazione, da inquadrarsi nella complessiva riflessione sui mezzi atti a rendere più efficace lo strumento processuale. Esse si inquadrano propriamente in una prospettiva di semplificazione, non completamente sovrapponibile al concetto di sinteticità, seppure inquadrabili nella medesima cornice finalizzata all'attuazione di un processo penale più snello e veloce.

§ 5.3 Gli aspetti formali degli atti

È convinzione del gruppo di lavoro che anche l'uniformità dello stile grafico, delle citazioni di leggi e di giurisprudenza, delle impostazioni strutturali – seppure profili distinti dalla nozione

di sinteticità – possa contribuire a rendere più agevole la comprensione del contenuto degli atti processuali.

D'altro lato, la moderna gestione informatica degli atti postula per vari profili l'esigenza di uniformità di impostazione formale: lo si vedrà successivamente, in rapporto ai nuovi registri informatizzati e alle loro potenzialità per lo snellimento del processo, ma altrettanto può valere in prospettive di tutt'altra natura, quale ad esempio l'utilizzazione di strumenti di ricerca testuale in archivi giurisprudenziali anche di grandissimo volume, certamente favorita dal rispetto di regole uniformi sul piano lessicale e grafico dei testi.

La stessa Corte di cassazione ha dedicato attenzione al tema, provvedendo alla diffusione dei criteri per la redazione dei provvedimenti delle sezioni penali, già applicati dalle sezioni unite, corredati da modelli esemplificativi. Iniziative in certa misura analoghe si registrano anche in vari uffici giudiziari di merito.

Tali prospettive meritano incentivazione e diffusione – anche mediante specifiche attività formative nel quadro già delineato – in quanto ai criteri formali di redazione dei provvedimenti e alle regole grafiche va riconosciuta, oltre che importanza ai fini del "decoro istituzionale" che deve essere proprio della giurisdizione, anche natura "funzionale".

Si tratta di un'impostazione che favorisce la chiarezza dell'*iter* argomentativo, diretta in definitiva alla nitida enucleazione della struttura del provvedimento e destinata ad agevolare i compiti di tutti i soggetti coinvolti nelle diverse fasi processuali. Altrettanto vale per gli atti di parte.

Più in generale, il gruppo di lavoro ha attuato una ricognizione di iniziative sorte in diversi contesti giudiziari, finalizzate all'elaborazione di modelli che possono essere assunti quali strumenti esemplificativi, utili ad incentivare l'adozione di metodologie di lavoro appropriate.

Si inquadra in tale cornice anche l'iniziativa della Corte di cassazione, la quale ha predisposto modelli informatici (specificamente per le ordinanze di inammissibilità della settima sezione), integrabili con riferimenti specifici al ricorso esaminato.

Anche con riferimento ai giudizi di merito, la correlazione tra il principio della sinteticità contenutistica e le esigenze imposte dalle nuove tecniche informatiche e dai continui e mutevoli scenari di sviluppo dell'innovazione tecnologica è stata recentemente sottolineata nella circolare della Direzione generale della giustizia penale dell'11 novembre 2016, dedicata all'attuazione del registro unico della cognizione e ai criteri del suo utilizzo.

In essa, al fine di prevenire difficoltà nella registrazione informatica dei provvedimenti di merito che definiscono, con decisioni promiscue (condanne, assoluzioni, condanne parziali), procedimenti oggettivamente complessi, è stato raccomandato l'impiego di accorgimenti tanto formali quanto sostanziali.

Nel primo gruppo si iscrive, ad esempio, la sollecitazione ad utilizzare per i capi di imputazione numeri cardinali (per definizione infiniti), piuttosto che lettere alfabetiche; nel secondo gruppo, si inquadra la preferenza per imputazioni singole per ciascuno dei fatti-reato contestati, invece che l'assemblaggio di più fattispecie di reato in capi di imputazione unitari.

Il rispetto di tali criteri è stato raccomandato anche tenuto conto della recente modifica evolutiva del sistema informativo della cognizione penale (SICP), eseguita con l'introduzione del cosiddetto "dispositivo strutturato", che consentirà alle cancellerie di inserire i dispositivi di decisione, optando tra diverse alternative predefinite (qualificazioni giuridiche, esiti decisori, esclusioni di aggravanti, giudizi di bilanciamento tra circostanze, riconoscimento della continuazione o di circostanze, ecc.) prospettate all'utente con l'apertura di menu a tendina.

L'utilizzo di tali sistemi potrà contribuire ad una più snella trattazione delle successive fasi processuali.

§ 5.4 Le proposte normative rispetto ai giudizi di impugnazione

Si è sopra dimostrato il rilievo dell'argomentazione e del linguaggio, così per un ottimale svolgimento del giudizio come per le possibili proiezioni di ogni atto sugli snodi processuali successivi.

A tal riguardo, deve ribadirsi l'esigenza di affermare il principio di sinteticità nella disposizione sulla forma dell'impugnazione, mediante l'introduzione di un **comma 2 nell'articolo 581 c.p.p.**, il quale prescriva che l'impugnazione "*deve essere chiara e sintetica*" e "*deve enunciare*" le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.

Tale proposta di modifica normativa, elaborata nella prima fase del gruppo di lavoro, appare coerente con la formulazione della norma contenuta nel disegno di legge n. 2067 AS, laddove è stato esplicitato il riferimento alla necessità che l'impugnazione contenga "*l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta*".

Il gruppo, all'esito dell'ulteriore riflessione operata nella seconda fase di lavoro, conferma anche la propria ipotesi di modifica dell'**articolo 606 c.p.p.** Si propone, in particolare, di inserirvi un **ultimo comma**, nel quale si sancisca, a pena di inammissibilità del ricorso, l'onere per il ricorrente di formare apposito elenco degli atti del processo richiamati nell'impugnazione con riferimento ai motivi proposti, indicandone la collocazione all'interno del fascicolo processuale. Del pari, si introduce l'onere per il ricorrente, ove un atto non sia contenuto nel fascicolo, di allegarne copia (a pena di inammissibilità del motivo fondato su tale atto), ovvero, in caso di mancato rilascio della copia da parte della cancelleria, di fornirne precisa indicazione.

Tale ipotesi di modifica non è stata invece ritenuta utilmente estensibile ai giudizi di appello, tenuto conto della diretta disponibilità dell'intero fascicolo processuale da parte del giudice di secondo grado (a differenza della Cassazione), oltre che dei ben più ampi confini dell'impugnazione di merito rispetto a quella di legittimità.

§ 5.5 La sinteticità nell'oralità. Riflessi sulla motivazione della sentenza

Si ribadisce la proposta di integrare la norma generale dell'**art. 523, comma 3, c.p.p.** in tema di poteri di direzione della discussione da parte del presidente del collegio, attribuendogli il potere di fissare – se necessari – "*limiti temporali agli interventi delle parti*". Verrebbe così propiziata un'impostazione della discussione che favorisce l'esclusione di quelle divagazioni, ripetizioni ed interruzioni le quali già oggi il presidente deve contrastare nell'esercizio dei suoi poteri, peraltro non compiutamente definiti dalla normativa vigente.

Nella medesima prospettiva di razionale impiego dei tempi destinati alla trattazione orale, per il giudizio di cassazione si è ritenuto di poter qualificare, nell'**art. 614, comma 3, c.p.p.**, come "*sintetica*" la relazione con la quale il presidente o il consigliere da lui delegato riferisce in udienza. Essa presupporrà dunque, da parte del relatore, la selezione dei passaggi di effettivo rilievo della vicenda processuale e dei motivi proposti.

Il ruolo presidenziale viene decisamente valorizzato dall'ulteriore innovazione che si intende apportare all'**art. 614 c.p.p.**, con l'**aggiunta di un comma (3-*bis*)** nel quale si prevede che "*Dopo la relazione, il presidente può invitare le parti a trattare specificamente alcune questioni rilevanti per la decisione*": ciò al fine di far concentrare l'attenzione delle parti sui temi che paiono necessitare di un contributo esplicativo.

Conferma della correttezza di siffatta ipotesi di proposta normativa è stata tratta anche dalla sua coerenza con la formulazione dell'art. 16 delle "Norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale" del 7 ottobre 2008, che detta analoghe disposizioni per l'udienza pubblica della Corte (G.U. n. 261 del 7 novembre 2008).

La proposta di integrazione dell'art. 614 c.p.p. dianzi formulata con riferimento al giudizio di cassazione appare estensibile anche a quello di appello, sebbene esso investa una materia più ampia e complessa rispetto al giudizio di pura legittimità.

Pertanto, si propone l'integrazione delle norme che disciplinano in via generale il dibattimento d'appello (**art. 602 c.p.p.**, che contiene pure il rinvio al precedente art. 523), introducendo nel comma 1 il riferimento ad una "*sintetica relazione*" e, inoltre, un nuovo comma (1-*bis*), con il quale si precisa che "*Il presidente può invitare le parti a trattare specificamente alcune questioni rilevanti per la decisione*".

La coerenza di tale proposta di modifica normativa con l'attuale sistema processuale si ricava anche dall'art. 173 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 (norme di attuazione del c.p.p.). Il legislatore, nell'ambito del capo XIII, in tema di disposizioni relative alle impugnazioni, ha infatti espresso con chiarezza il principio secondo cui non devono essere esposte argomentazioni non funzionali alla motivazione della sentenza e, quindi, alla decisione.

Va, però, rilevato che la disposizione da ultimo citata è espressamente riferita (soltanto) alla sentenza della Corte di cassazione.

Si sottolinea, pertanto, l'esigenza che il principio ivi enunciato, stante la sua portata, sia espresso in una norma dal contenuto più generale, riferibile ad entrambi i giudizi di appello e di cassazione. Dovrebbe, conseguentemente, abrogarsi il citato comma 1 dell'**art. 173 disp. att. c.p.p.**, così come il riferimento alla "Motivazione della sentenza" dalla sua rubrica, ed introdursi un **art. 167-*bis* disp. att. c.p.p.** – rubricato "Motivazione della sentenza" – nel quale prevedere che "*Nella sentenza i motivi dell'impugnazione sono enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione*".

§ 6. Proposte conclusive: riepilogo

Nella presente relazione sono state formulate molteplici proposte, funzionali al perseguimento della sinteticità e della chiarezza degli atti processuali, con particolare riguardo ai giudizi di impugnazione civili e penali. Esse possono sintetizzarsi come appresso.

I) Occorre mirare alla diffusione di una vera e propria "***cultura della sinteticità e della chiarezza***". Ciò presuppone un impegno in ambito formativo, radicato già negli studi universitari e sviluppato nel percorso professionale:

- quanto alla formazione universitaria, dovrebbero sensibilizzarsi i competenti livelli istituzionali, affinché possa diffondersi l'insegnamento dell'argomentazione e del linguaggio giuridico;

- tra i parametri di valutazione dei candidati nel concorso di accesso alla magistratura e nell'esame di stato per l'avvocatura dovrebbe essere posto maggiormente l'accento sui valori della sinteticità e della chiarezza;
- lingua e argomentazione dovrebbero essere sempre di più oggetto di iniziative di formazione professionale iniziale e permanente, teorica e pratica, che raggiungano tutti i professionisti forensi. Allo scopo, potrà ricercarsi una sempre maggiore collaborazione con le varie istituzioni competenti (Consiglio nazionale forense, Consiglio superiore e Scuola superiore della magistratura, ma anche Accademia della Crusca e Università), in una prospettiva quanto più possibile di comunanza culturale, quale base per l'effettiva condivisione di un linguaggio giuridico di qualità;
- nella valutazione della professionalità dei magistrati si potrà ulteriormente valorizzare la capacità di sintesi (che già il CSM opportunamente inquadra tra gli indicatori della "capacità"), anche promuovendo la specifica considerazione di essa nei rapporti e nei pareri.

II) Si sono elaborate **proposte di modifica normativa**, dettagliatamente illustrate negli specifici paragrafi sul giudizio civile e su quello penale e poi enunciate nell'articolato allegato a questa relazione:

- le prospettive di intervento legislativo si sono concentrate anzitutto sull'enunciazione di un principio generale di sinteticità e chiarezza degli atti processuali, che valga tanto per i provvedimenti giudiziari quanto per gli atti di parte;
- il principio è stato poi declinato in norme tese, segnatamente rispetto ai giudizi di impugnazione, a promuovere in ogni atto di parte e del giudice chiarezza e organicità della trattazione, nonché la formulazione di motivi specifici e puntualmente riferiti ai singoli profili oggetto di gravame, e la redazione di provvedimenti a loro volta organici, chiari e sintetici;
- le proposte normative hanno anche interessato la "*sinteticità nell'oralità*", tendendo a conferire al presidente, in appello e in cassazione, maggiori poteri nella conduzione dell'udienza ed a conformare la relazione introduttiva e la discussione a canoni di concentrazione e specificità.

III) Sul **versante pratico-operativo**:

- si propongono iniziative atte a promuovere la strutturazione degli atti in modo coerente con le esigenze della trattazione informatica, a vantaggio della loro fruibilità, archiviazione in banche-dati, ricercabilità con strumenti elettronici e gestione mediante registri informatici;
- agli atti delle parti private, del pubblico ministero e del giudice, nel contesto della relazione sono riferite proposte tecnico-redazionali. Esse si ispirano all'esigenza di chiarezza e alla necessità che la dimensione e il livello di articolazione siano anche calibrati rispetto alla funzione specifica del singolo atto. Inoltre, si è posto in evidenza come in qualsiasi processo ogni atto si riverberi sulle fasi successive anche per quanto concerne speditezza di trattazione, organicità e ampiezza argomentativa: sicché, in penale, si è dedicato uno specifico approfondimento anche all'atto di imputazione, quale atto fondante del processo;

- gli strumenti dei protocolli processuali, condivisi dall'avvocatura con la Corte di cassazione e con molti uffici giudiziari di merito, configurano "prassi virtuose" anche in materia di redazione degli atti processuali. Seppure non vincolanti, essi presentano elevato valore persuasivo, definendo prassi autoregolamentate in forza di interpretazioni condivise delle regole del processo;
- il gruppo di lavoro ha attuato una prima raccolta dei protocolli esistenti e dei modelli redazionali degli atti che hanno trovato riconoscimento nelle varie realtà giudiziarie territoriali. Si è riscontrata l'utilità di condurre la riflessione in forza della conoscenza del panorama nazionale, anche nella prospettiva di una auspicabile armonizzazione. Ciò induce a proporre che si realizzi una "*banca-dati delle buone prassi*" in materia di tecniche di redazione degli atti processuali;
- allo scopo, si sottopone al Ministro la possibilità di condividere l'idea con le altre istituzioni interessate (in particolare Consiglio nazionale forense e Consiglio superiore dalla magistratura, il quale risulta avere avviato a sua volta la trattazione di rilevanti aspetti in materia), mettendo a disposizione i risultati del presente lavoro.

Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali
(decreti ministeriali 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016)

Roma, 1° dicembre 2016

Ipotesi di modifica alle disposizioni del
CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Testo vigente	Testo modificato
	Art. … **Principio di chiarezza e sinteticità degli atti** **Il giudice e le parti redigono gli atti processuali in maniera chiara e sintetica.**
Art. 342 c.p.c. Forma dell'appello L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte nell'articolo 163. L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata. Tra il giorno della citazione e quello della prima udienza di trattazione devono intercorrere termini liberi non minori di quelli previsti dall'articolo 163-*bis*.	**Art. 342 c.p.c.** Forma dell'appello L'appello si propone con citazione. **Deve contenere** le indicazioni prescritte dall'articolo 163 **e individuare i capi della decisione di primo grado che vengono impugnati.** Deve essere motivato **e indicare**, a pena di inammissibilità: 1) **le censure** alla ricostruzione **dei fatti** compiuta dal giudice di primo grado **e la loro rilevanza**; 2) **le violazioni di legge e la** loro rilevanza. Tra il giorno della citazione e quello della prima udienza di trattazione devono intercorrere termini liberi non minori di quelli previsti dall'articolo 163-*bis*.

Art. 366 c.p.c. Contenuto del ricorso Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti; 2) l'indicazione della sentenza o decisione impugnata; 3) l'esposizione sommaria dei fatti della causa; 4) i motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano, secondo quanto previsto dall'articolo 366-*bis*; 5) l'indicazione della procura, se conferita con atto separato e, nel caso di ammissione al gratuito patrocinio, del relativo decreto; 6) la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda. Se il ricorrente non ha eletto domicilio in Roma ovvero non ha indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, le notificazioni gli sono fatte presso la cancelleria della Corte di cassazione. Nel caso previsto nell'articolo 360, secondo comma, l'accordo delle parti deve risultare mediante visto apposto sul ricorso dalle altre parti o dai loro difensori muniti di procura speciale, oppure mediante atto separato, anche anteriore alla sentenza impugnata, da unirsi al ricorso stesso. Le comunicazioni della cancelleria e le notificazioni tra i difensori di cui agli articoli 372 e 390 sono effettuate ai sensi dell'articolo 136, secondo e terzo comma.	**Art. 366 c.p.c.** Contenuto del ricorso Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti; 2) l'indicazione della sentenza o decisione impugnata; 3) **la chiara ed essenziale** esposizione dei fatti della causa; 4) **la chiara e sintetica esposizione dei** motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione**, per ciascuno di essi,** delle norme di diritto su cui si fondano; 5) l'indicazione della procura, se conferita con atto separato e, nel caso di ammissione al gratuito patrocinio, del relativo decreto; 6) la specifica indicazione**, per ciascuno dei motivi di cui al n. 4) che precede, del passo** degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali **lo stesso** si fonda, **nonché del momento in cui essi sono stati depositati o si sono formati nel processo.** **Il rispetto della previsione di cui al n. 6) del comma che precede e dell'art. 369, comma 2, n. 4) soddisfa il requisito dell'autosufficienza.** Se il ricorrente non ha eletto domicilio in Roma ovvero non ha indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, le notificazioni gli sono fatte presso la cancelleria della Corte di cassazione. Nel caso previsto nell'articolo 360, secondo comma, l'accordo delle parti deve risultare mediante visto apposto sul ricorso dalle altre parti o dai loro difensori muniti di procura speciale, oppure mediante atto separato, anche anteriore alla sentenza impugnata, da unirsi al ricorso stesso. Le comunicazioni della cancelleria e le notificazioni tra i difensori di cui agli articoli 372 e 390 sono effettuate ai sensi dell'articolo 136, secondo e terzo comma.
Art. 369 c.p.c. Deposito del ricorso Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della Corte, a pena di improcedibilità, nel termine di giorni venti dall'ultima notificazione	**Art. 369 c.p.c.** Deposito del ricorso Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della Corte, a pena di improcedibilità, nel termine di giorni venti dall'ultima notificazione

alle parti contro le quali è proposto. Insieme col ricorso debbono essere depositati, sempre a pena di improcedibilità: 1) il decreto di concessione del gratuito patrocinio; 2) copia autentica della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notificazione, se questa è avvenuta, tranne che nei casi di cui ai due articoli precedenti; oppure copia autentica dei provvedimenti dai quali risulta il conflitto nei casi di cui ai nn. 1 e 2 dell'articolo 362; 3) la procura speciale, se questa è conferita con atto separato; 4) gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda. Il ricorrente deve chiedere alla cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata o del quale si contesta la giurisdizione la trasmissione alla cancelleria della Corte di cassazione del fascicolo d'ufficio; tale richiesta è restituita dalla cancelleria al richiedente munita di visto, e deve essere depositata insieme col ricorso.	alle parti contro le quali è proposto. Insieme col ricorso debbono essere depositati, sempre a pena di improcedibilità: 1) il decreto di concessione del gratuito patrocinio; 2) copia autentica **o autenticata**[1] della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notificazione, se questa è avvenuta, tranne che nei casi di cui ai due articoli precedenti; oppure copia autentica **o autenticata** dei provvedimenti dai quali risulta il conflitto nei casi di cui ai nn. 1 e 2 dell'articolo 362**; tali depositi possono essere omessi nel caso in cui i documenti sopra indicati, ad eccezione della sentenza o della decisione impugnata con la relazione di notificazione, ove avvenuta, siano già presenti nel fascicolo d'ufficio informatico del giudice che li ha pronunciati**; 3) la procura speciale, se questa è conferita con atto separato; 4) gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda**; il deposito dell'intero fascicolo di parte del giudizio di merito non esonera la parte dal rispetto del disposto dell'articolo 366, comma 1, n. 6) e dell'obbligo di autonomo deposito, in formato cartaceo o informatico, degli atti processuali, dei documenti, dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda**. Il ricorrente deve chiedere alla cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata o del quale si contesta la giurisdizione la trasmissione alla cancelleria della Corte di cassazione del fascicolo d'ufficio; tale richiesta è restituita dalla cancelleria al richiedente munita di visto, e deve essere depositata insieme col ricorso.
Art. 378 c.p.c. Deposito di memorie di parte Le parti possono presentare le loro memorie in cancelleria non oltre cinque giorni prima dell'udienza.	**Art. 378 c.p.c.** **Memorie di parte** **Il pubblico ministero può presentare una breve memoria in cancelleria non oltre quindici giorni prima dell'udienza**. I difensori possono presentare le loro brevi memorie in cancelleria non oltre cinque giorni prima dell'udienza **per illustrare i motivi già**

[1] Ai sensi dell'articolo 16-*bis*, comma 9-*bis*, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221), nel testo introdotto dall'art. 52 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114).

	esposti negli atti introduttivi e per replicare alle ragioni delle altre parti e alla memoria del pubblico ministero.
Art. 379 c.p.c. Discussione All'udienza il relatore riferisce i fatti rilevanti per la decisione del ricorso, il contenuto del provvedimento impugnato e, in riassunto, se non vi è discussione delle parti, i motivi del ricorso e del controricorso. Dopo la relazione il presidente invita il pubblico ministero a esporre oralmente le sue conclusioni motivate e, quindi, i difensori delle parti a svolgere le loro difese. Non sono ammesse repliche.	**Art. 379 c.p.c.** Discussione All'udienza il relatore riferisce **sinteticamente** i fatti rilevanti per la decisione del ricorso, il contenuto del provvedimento impugnato e, in riassunto, se non vi è discussione delle parti, i motivi del ricorso e del controricorso**, indicando, ove occorra, le questioni rilevanti per la decisione**. Dopo la relazione il presidente invita il pubblico ministero a esporre oralmente le sue conclusioni motivate e, quindi, i difensori delle parti a svolgere le loro difese, **anche con particolare riferimento a specifici aspetti evidenziati dal relatore**. Non sono ammesse repliche. **Il presidente dirige la discussione fissando, se lo ritiene necessario, limiti temporali per lo svolgimento delle difese**.
Art. 380-*ter* c.p.c. Procedimento per la decisione sulle istanze di regolamento di giurisdizione e di competenza Nei casi previsti dall'articolo 375, primo comma, numero 4), il presidente richiede al pubblico ministero le sue conclusioni scritte. Le conclusioni e il decreto del presidente che fissa l'adunanza sono notificati, almeno venti giorni prima, agli avvocati delle parti, che hanno facoltà di presentare memorie non oltre cinque giorni prima della medesima adunanza. In camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti.	**Art. 380-*ter* c.p.c.** Procedimento per la decisione sulle istanze di regolamento di giurisdizione e di competenza Nei casi previsti dall'articolo 375, primo comma, numero 4), il presidente richiede al pubblico ministero le sue conclusioni scritte. Le conclusioni e il decreto del presidente che fissa l'adunanza sono notificati, almeno venti giorni prima, agli avvocati delle parti, che hanno facoltà di presentare **brevi** memorie non oltre cinque giorni prima della medesima adunanza. In camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti.
Art. 384 c.p.c. Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui,	**Art. 384 c.p.c.** Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui,

decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza. La Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione. Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione.	decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza. La Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di **brevi memorie contenenti** osservazioni sulla medesima questione. Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione.
Art. 385 c.p.c. Provvedimenti sulle spese La corte, se rigetta il ricorso, condanna il ricorrente alle spese. Se cassa senza rinvio o per violazione delle norme sulla competenza, provvede sulle spese di tutti i precedenti giudizi, liquidandole essa stessa o rimettendone la liquidazione al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata. Se rinvia la causa ad altro giudice, può provvedere sulle spese del giudizio di cassazione o rimetterne la pronuncia al giudice di rinvio.	**Art. 385 c.p.c.** Provvedimenti sulle spese La corte, se rigetta il ricorso, condanna il ricorrente alle spese. Se cassa senza rinvio o per violazione delle norme sulla competenza, provvede sulle spese di tutti i precedenti giudizi, liquidandole essa stessa o rimettendone la liquidazione al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata. Se rinvia la causa ad altro giudice, può provvedere sulle spese del giudizio di cassazione o rimetterne la pronuncia al giudice di rinvio. **Nel provvedere sulle spese, la corte può ridurne o aumentarne l'importo fino ad massimo del 20% se le parti non si sono attenute, nella redazione degli atti difensivi, a criteri di chiarezza e sinteticità.**
Art. 434 c.p.c. Deposito del ricorso in appello Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 414. L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità:	**Art. 434 c.p.c.** Deposito del ricorso in appello Il ricorso deve contenere le indicazioni prescritte dall'articolo 414 **e individuare i capi della decisione di primo grado che vengono impugnati**. L'appello deve essere motivato **e**

1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata. Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della corte di appello entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza, oppure entro quaranta giorni nel caso in cui la notificazione abbia dovuto effettuarsi all'estero.	**indicare**, a pena di inammissibilità: 1) **le censure** alla ricostruzione **dei fatti** compiuta dal giudice di primo grado **e la loro rilevanza**; 2) **le violazioni di** legge e la loro rilevanza. Il ricorso deve essere depositato nella cancelleria della corte di appello entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza, oppure entro quaranta giorni nel caso in cui la notificazione abbia dovuto effettuarsi all'estero.
Art. 140 disp. att. c.p.c. Deposito delle memorie di parte. Le parti che depositano memorie a norma dell'articolo 378 del codice debbono unire almeno tre copie in carta libera, oltre le copie per ciascuna delle altre parti. Il cancelliere non può ricevere le memorie che non siano accompagnate dalle tre copie in carta libera.	**Art. 140 disp. att. c.p.c.** **Atti di parte** **Le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, anche in conformità con le previsioni dei protocolli processuali stipulati dal Primo Presidente della Corte di cassazione, dal Procuratore generale della Corte di cassazione e dal Presidente del Consiglio nazionale forense.** **Il solo mancato rispetto delle previsioni dei protocolli non è motivo di inammissibilità dell'atto o di altra conseguenza a carico delle parti.** Le parti che depositano memorie a norma dell'articolo 378 del codice debbono unire almeno tre copie in carta libera, oltre le copie per ciascuna delle altre parti. Il cancelliere non può ricevere le memorie che non siano accompagnate dalle tre copie in carta libera.

Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali
(decreti ministeriali 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016)

Roma, 1° dicembre 2016

Ipotesi di modifica alle disposizioni del
CODICE DI PROCEDURA PENALE

Testo vigente	Testo modificato
	Art. 109-*bis* c.p.p. **Principio di sinteticità degli atti** **1. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, inserendo in essi soltanto le informazioni e gli argomenti necessari al loro scopo.**
Art. 523 c.p.p. Svolgimento della discussione 1. Esaurita l'assunzione delle prove, il pubblico ministero e successivamente i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato formulano e illustrano le rispettive conclusioni, anche in ordine alle ipotesi previste dall'articolo 533, comma 3-*bis*. 2. La parte civile presenta conclusioni scritte, che devono comprendere, quando sia richiesto il risarcimento dei danni, anche la determinazione del loro ammontare. 3. Il presidente dirige la discussione e impedisce ogni divagazione, ripetizione e interruzione. 4. Il pubblico ministero e i difensori delle parti private possono replicare; la replica è ammessa una sola volta e deve essere contenuta nei limiti strettamente necessari per la confutazione degli argomenti avversari. 5. In ogni caso l'imputato e il difensore devono avere, a pena di nullità, la parola per ultimi se la domandano.	**Art. 523 c.p.p.** Svolgimento della discussione 1. Esaurita l'assunzione delle prove, il pubblico ministero e successivamente i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato formulano e illustrano le rispettive conclusioni, anche in ordine alle ipotesi previste dall'articolo 533, comma 3-*bis*. 2. La parte civile presenta conclusioni scritte, che devono comprendere, quando sia richiesto il risarcimento dei danni, anche la determinazione del loro ammontare. 3. Il presidente dirige la discussione e impedisce ogni divagazione, ripetizione e interruzione**, fissando, se necessario, limiti temporali agli interventi delle parti.** 4. Il pubblico ministero e i difensori delle parti private possono replicare; la replica è ammessa una sola volta e deve essere contenuta nei limiti strettamente necessari per la confutazione degli argomenti avversari. 5. In ogni caso l'imputato e il difensore devono avere, a pena di nullità, la parola per ultimi se la domandano.

6. La discussione non può essere interrotta per l'assunzione di nuove prove, se non in caso di assoluta necessità. Se questa si verifica, il giudice provvede a norma dell'articolo 507.	6. La discussione non può essere interrotta per l'assunzione di nuove prove, se non in caso di assoluta necessità. Se questa si verifica, il giudice provvede a norma dell'articolo 507.
Art. 581 c.p.p. Forma dell'impugnazione	**Art. 581 c.p.p.** Forma dell'impugnazione
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: a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) le richieste; c) i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.	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**.** **2. L'impugnazione deve essere chiara e sintetica e deve enunciare:** a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) le richieste; c) i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.
Art. 602 c.p.p. Dibattimento in appello	**Art. 602 c.p.p.** Dibattimento in appello
1. Nell'udienza, il presidente o il consigliere da lui delegato fa la relazione della causa. *2. [Abrogato]* 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 seguenti, di atti compiuti nelle fasi antecedenti. 4. Per la discussione si osservano le disposizioni dell'articolo 523.	1. Nell'udienza, il presidente o il consigliere da lui delegato fa **una sintetica** relazione della causa. **1-*bis*. Il presidente può invitare le parti a trattare specificamente alcune questioni rilevanti per la decisione.** 2. *[Abrogato]* 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 seguenti, di atti compiuti nelle fasi antecedenti. 4. Per la discussione si osservano le disposizioni dell'articolo 523.
Art. 606 c.p.p. Casi di ricorso	**Art. 606 c.p.p.** Casi di ricorso
1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: a) esercizio da parte del giudice di una potestà	1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: a) esercizio da parte del giudice di una potestà

riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza; d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2; e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. 2. Il ricorso, oltre che nei casi e con gli effetti determinati da particolari disposizioni, può essere proposto contro le sentenze pronunciate in grado di appello o inappellabili. 3. Il ricorso è inammissibile se proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli articoli 569 e 609 comma 2, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello.	riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza; d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2; e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. 2. Il ricorso, oltre che nei casi e con gli effetti determinati da particolari disposizioni, può essere proposto contro le sentenze pronunciate in grado di appello o inappellabili. 3. Il ricorso è inammissibile se proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli articoli 569 e 609 comma 2, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello. **4. A pena di inammissibilità del ricorso, il ricorrente deve formare apposito elenco degli atti del processo richiamati nell'impugnazione con riferimento ai motivi proposti, indicandone la collocazione all'interno del fascicolo processuale. Ove l'atto non sia contenuto nel fascicolo processuale, il ricorrente, a pena di inammissibilità del motivo fondato su tale atto, ha l'onere di allegarne copia, ovvero, in caso di mancato rilascio della copia da parte della cancelleria, di fornirne precisa indicazione.**
Art. 614 c.p.p. Dibattimento 1. Le norme concernenti la pubblicità, la polizia e la disciplina delle udienze e la direzione della discussione nei giudizi di primo e di secondo grado si osservano davanti alla corte di cassazione, in quanto siano applicabili.	**Art. 614 c.p.p.** Dibattimento 1. Le norme concernenti la pubblicità, la polizia e la disciplina delle udienze e la direzione della discussione nei giudizi di primo e di secondo grado si osservano davanti alla corte di cassazione, in quanto siano applicabili.

2. Le parti private possono comparire per mezzo dei loro difensori.	2. Le parti private possono comparire per mezzo dei loro difensori.
3. Nell'udienza stabilita, il presidente procede alla verifica della costituzione delle parti e della regolarità degli avvisi, dandone atto a verbale; quindi, il presidente o un consigliere da lui delegato fa la relazione della causa.	3. Nell'udienza stabilita, il presidente procede alla verifica della costituzione delle parti e della regolarità degli avvisi, dandone atto a verbale; quindi, il presidente o un consigliere da lui delegato fa **una sintetica** relazione della causa.
	3-*bis*. Dopo la relazione, il presidente può invitare le parti a trattare specificamente alcune questioni rilevanti per la decisione.
4. Dopo la requisitoria del pubblico ministero, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato espongono nell'ordine le loro difese. Non sono ammesse repliche.	4. Dopo la requisitoria del pubblico ministero, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato espongono nell'ordine le loro difese. Non sono ammesse repliche.
	Art. 167-*bis* disp. att. c.p.p. **Motivazione della sentenza** **Nella sentenza i motivi dell'impugnazione sono enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione.**
Art. 173 disp. att. c.p.p. Motivazione della sentenza. Enunciazione del principio di diritto.	**Art. 173 disp. att. c.p.p.** **Enunciazione del principio di diritto.**
1. Nella sentenza della corte di cassazione i motivi del ricorso sono enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione.	***1. [Si propone l'abrogazione]***
2. Nel caso di annullamento con rinvio, la sentenza enuncia specificamente il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi.	2. Nel caso di annullamento con rinvio, la sentenza enuncia specificamente il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi.
3. Quando il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione.	3. Quando il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione.

	IL GRUPPO RITIENE, INFINE, DI PROPORRE l'introduzione della norma predisposta dalla commissione istituita "per l'elaborazione dello schema di decreto legislativo per la riforma del sistema delle impugnazioni" (pres. Carcano): **Art. 165-*bis* disp. att. c.p.p.** Adempimenti connessi alla trasmissione degli atti al giudice della impugnazione 1. Gli atti da trasmettere al giudice della impugnazione devono contenere i seguenti dati, inseriti in distinti allegati formati subito dopo la presentazione dell'atto di impugnazione a cura del giudice o del presidente del collegio che ha emesso la decisione: a) nominativi dei difensori, di fiducia o di ufficio, con indicazione della data di nomina; b) dichiarazioni o elezioni o determinazioni di domicilio, con indicazione delle relative date; c) termini di prescrizione riferiti a ciascun reato, con indicazione degli atti interruttivi e delle specifiche cause di sospensione del relativo corso, ovvero eventuali dichiarazioni di rinuncia alla prescrizione; d) termini di scadenza di misure cautelari in atto, con indicazione della data di inizio e di eventuali dichiarazioni di sospensione o proroga. 2. Nel caso di ricorso per cassazione, a cura della cancelleria deve essere inserita in separato fascicolo allegato all'atto di ricorso, qualora non già contenuta negli atti trasmessi alla corte di cassazione sulla base delle vigenti disposizioni, copia degli atti specificamente indicati da chi ha proposto l'impugnazione, ovvero deve essere fatta attestazione della loro mancanza agli atti del procedimento.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
Gli accordi regolativi della crisi familiare: prima e dopo la riforma introdotta dal d.l. n. 132/2014, con particolare riguardo alla problematica inerente alla trascrizione di quelli aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari 1470
di Francesca Perrotta

Diritto penale
Problemi e riflessioni sulla partecipazione all'organizzazione terroristica "Stato islamico" 1475
di Giacomo Romano

Diritto amministrativo
Enti pubblici: l'istituzione della sezione separata di archivio storico ex art. 30, comma 4, d.lgs. 42/2004. 1480
di Elia Scafuri

Francesca Perrotta
Avvocato

Diritto civile

Gli accordi regolativi della crisi familiare: prima e dopo la riforma introdotta dal d.l. n. 132/2014, con particolare riguardo alla problematica inerente alla trascrizione di quelli aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari.

abstract

This article is analyses some of the domestic relations among dispute settlement techniques, using the assisted negotiation as a model, considering the problem about trascription of separation and divorce agreements concerning property transfers and then the problem about control of the notary's legality for the validity of these act.

keywords

Separation and divorce agreements – Assisted negotiation – Trascription of agreements concerning property transfers – Control of notary's legality.

abstract

L'articolo in esame si pone come obiettivo l'analisi degli accordi compositivi della crisi familiare, raggiunti a seguito della negoziazione assistita, ed affronta poi la problematica relativa alla trascrizione di quelli aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari e al controllo di legalità del notaio richiesto ai fini della validità di tali atti.

parole chiave

Accordi compositivi di crisi familiare – Negoziazione assistita – Trascrizione di quelli aventi ad oggetto trasferimenti di diritti reali immobiliari – Controllo di legalità del notaio.

La tematica relativa agli accordi regolativi della crisi familiare, da tempo al centro del dibattito dottrinario e giurisprudenziale, è stata di recente incisa dal d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 164/2014, che, nel prevedere che tali accordi possono essere raggiunti anche a seguito di negoziazione assistita, ha valorizzato i profili di consensualità nella fase patologica della crisi coniugale.

Prima di approfondire quanto disposto dal legislatore sul punto, sembra opportuno un riferimento alla natura giuridica degli accordi in parola, da cui dipende anche la relativa disciplina giuridica.

Più in particolare, la presente trattazione si propone di delineare i profili problematici inerenti alla trascrizione delle pattuizioni aventi ad oggetto il trasferimento dei diritti reali immobiliari e di verificare, altresì, se la mera autenticazione, da parte dei pubblici ufficiali autorizzati, della convenzione di negoziazione assistita possa assolvere al controllo di regolarità urbanistica normalmente affidato al notaio dall'art. 29, comma 1-*bis*, legge n. 52/1985.

Tanto premesso, giova osservare che gli accordi compositivi della crisi familiare, raggiunti in sede di separazione e divorzio dai coniugi, costituiscono lo strumento attraverso il quale questi regolamentano i loro rapporti, personali e patrimoniali.

La possibilità di autodeterminarsi responsabilmente si spiega in ragione dell'ingresso nel nostro ordinamento giuridico di un concetto nuovo di famiglia[1], che cessa di essere appannaggio esclusivo dello Stato, perché diventa luogo prediletto di promozione della personalità individuale.

Il mutamento di prospettiva che ha interessato il diritto di famiglia si coglie soprattutto nell'importanza assunta dall'intesa che i coniugi raggiungono in sede di separazione e divorzio, al fine di disciplinare i diversi momenti ed aspetti della dinamica familiare.

Com'è noto, infatti, la separazione consensuale rappresenta uno dei momenti di più significativa valorizzazione dell'autonomia negoziale nell'ambito della famiglia.

Essa si fonda su un accordo che trova la propria causa nel matrimonio e negli obblighi da esso discendenti. Infatti, l'accordo in parola presenta un contenuto essenziale, ravvisabile nell'intesa di vivere separati e nelle pattuizioni inerenti ai figli, e un contenuto eventuale, non direttamente collegato al matrimonio, ma costituito dalle pattuizioni occasionate dalla crisi coniugale, mediante le quali i coniugi disciplinano

[1] Riconducibile alla riforma del diritto di famiglia, introdotta dalla legge n. 151/1975, che, nell'adeguare le norme del codice civile ai principi costituzionali di libertà, di solidarietà e di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ha sottratto la famiglia alla sfera pubblicistica (in cui le personalità dei singoli venivano compresse in nome di un sovrastante interesse superiore del gruppo), al fine di soddisfare le esigenze personali di ognuno.

l'instaurazione di un regime di vita separata attraverso statuizioni patrimoniali ed economiche (sul punto, cfr. Cass., 19.8.2015, n. 16909 Manca fonte di pubblicazione cartacea o informatica).

La ragione che giustifica il favor per la separazione consensuale è da ricercarsi nella volontà del legislatore di favorire soluzioni condivise da entrambi i coniugi nella gestione della fase patologica della crisi familiare, al fine di evitare contese, soprattutto nel preminente interesse dei figli, il cui equilibrio psico-fisico, diversamente opinando, potrebbe essere seriamente compromesso.

Ciò posto, va rilevato che gli accordi regolativi della crisi familiare, per poter produrre effetti giuridici, devono essere omologati[2] dal giudice ai sensi del combinato disposto degli artt. 158, comma 1, c.c. e 711, comma 4, c.p.c., chiamato a verificare la libera manifestazione del consenso da parte dei coniugi; la non contrarietà dei patti alle norme imperative ed ai principi di ordine pubblico, nonché la rispondenza dell'intesa agli interessi dei figli.

Delineate, dunque, le essenziali peculiarità di tali accordi, occorre precisarne la natura e la disciplina giuridica.

Al riguardo, la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito che «gli accordi di separazione e divorzio costituiscono atti di natura essenzialmente negoziale, precisamente negozi giuridici bilaterali a carattere non contrattuale, in quanto privi – almeno nel loro nucleo centrale – del carattere della patrimonialità» (*ex multis*, Cass., 17.6.2004, n. 11342; Cass., 12.4.2006, n. 8516 Mancano fonti di pubblicazione cartacea o informatica).

Tali accordi, quindi, sono il frutto della libera autodeterminazione dei coniugi, che si traduce nel potere di regolare responsabilmente i propri interessi ed i loro rapporti, personali e patrimoniali.

Va da sé che, riconoscendo natura negoziale agli accordi in argomento, la Corte di Cassazione ha implicitamente preso posizione anche sulla disciplina giuridica cui essi vanno assoggettati.

Ed invero, ai negozi giuridici a contenuto non patrimoniale, genus cui appartengono quelli di diritto di famiglia (e, quindi, anche quelli relativi alla separazione consensuale), si applicano analogicamente le regole dettate dal legislatore in tema di contratto (in tal senso militano, Cass., 29.3.2005, n. 6625, Cass., 4.9.2004, n. 17902; Cass., 20.11.2003, n. 17607), ivi comprese le azioni di impugnativa negoziale.

Com'è noto, infatti, la validità del consenso come effetto del libero incontro delle volontà dei coniugi è presidiata, anche in ambito familiare, dall'esperibilità dell'azione di annullamento per vizi del consenso (errore, violenza, dolo).

Quanto, invece, all'impugnativa per simulazione dei predetti accordi, è opportuno osservare come – secondo la giurisprudenza di legittimità – «l'impugnabilità per simulazione degli accordi di separazione e divorzio va esclusa a seguito dell'omologa da parte del giudice, perché è logicamente insostenibile che i coniugi possono disvolere con detto accordo la condizione di separati e al tempo stesso volere l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a tale condizione: l'antinomia tra tali determinazioni non può trovare altra composizione che nel considerare l'iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione» (Cass., 20.11.2003, n. 17607).

Nel solco tracciato si insinua la procedura di negoziazione assistita, introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. n. 132/2014, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito con modificazioni dalla legge n. 164/2014, allo scopo di «fornire ai cittadini uno strumento agile di definizione dei loro rapporti principali in ipotesi di separazione e divorzio e, al contempo, ridurre il carico di lavoro dei tribunali mediante la degiurisdizionalizzazione di alcuni procedimenti» (tratto dal parere al testo del d.l. n. 132/2014, espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera consiliare del 9.10.2014, su richiesta del Ministro della Giustizia).

In via del tutto preliminare, va sottolineato come la negoziazione assistita presupponga la sottoscrizione, ad opera delle parti, di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione) mediante il quale i coniugi convengono di cooperare, in buona fede e con lealtà, per risolvere in via amichevole una controversia, avente ad oggetto diritti disponibili.

Più in particolare, per quello che qui interessa, ai sensi dell'art. 6, d.l. n. 132/2014, la convenzione di negoziazione è conclusa con l'assistenza di almeno un avvocato per parte «al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione e divorzio».

Dalla disamina della relazione parlamentare al disegno di legge del d.l. n. 132/2014, emerge come tra

[2] Secondo un primo orientamento, prevalente in giurisprudenza, la fonte della separazione consensuale sarebbe rappresentata dall'accordo raggiunto dai coniugi, mentre l'omologazione del giudice assurgerebbe a *condicio iuris* di efficacia di tale accordo, già di per sé valido (App. Roma, 3 luglio 1986); *ex adverso*, secondo un altro orientamento, la separazione dovrebbe essere considerata una fattispecie a formazione progressiva, che nasce dalla manifestazione del consenso da parte dei coniugi e si perfeziona con l'omologa del giudice (Cass., 18.9.1997, n. 9287). La diversità di approcci, chiaramente, non è scevra di conseguenze posto che, da essi, dipende poi la disciplina giuridica alla quale gli accordi *de quibus* vanno assoggettati. Ed infatti, sposando il primo orientamento, si avrebbe, come effetto, l'applicabilità della disciplina dettata dal legislatore in tema di contratti; viceversa, seguendo il secondo indirizzo, tale disciplina non potrebbe trovare applicazione in quanto l'omologa del giudice concorre a costituire la fattispecie complessa.

gli obiettivi perseguiti dal legislatore vi sia anche quello di «valorizzare, quanto più possibile, la professionalità e le competenze del mondo dell'Avvocatura, quale attore primario nel contesto dell'amministrazione della giustizia, chiamato alla responsabilità di un fattivo concorso alla deflazione preventiva del contenzioso civile mediante strumenti allo scopo introdotti».

Ed invero, la valorizzazione del ruolo degli avvocati risulta di tutta evidenza se sol si consideri come questi siano chiamati ad assistere i clienti durante l'espletamento dell'intera procedura di negoziazione assistita e ad esercitare in modo corretto i poteri loro conferiti dalla legge, al fine di non incorrere in illeciti deontologici e/o disciplinari.

In tale prospettiva, si spiega finanche la ratio sottesa all'art. 5, comma 2, d.l. n. 132/2014 che, nel demandare agli avvocati il controllo circa la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, ne potenzia la professionalità e la competenza.

Con precipuo riferimento alla crisi familiare, la negoziazione, tuttavia, perde il connotato di totale alternatività rispetto alla ordinaria procedura giurisdizionale, ogniqualvolta venga in rilievo l'interesse dei figli. In simili ipotesi, infatti, l'accordo, raggiunto con l'assistenza degli avvocati, non potrà spiegare i suoi effetti senza il vaglio preventivo del giudice[3].

Diversamente, in assenza di figli (minori, nonché maggiorenni ma economicamente non autosufficienti, incapaci o portatori di handicap grave), l'ambito di operatività della convenzione torna a riespandersi (art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014).

L'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dello stesso e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio *ex* art. 6, comma 3, d.l. n. 132/2014.

Chiarite, per grandi linee, le questioni sottese agli accordi regolativi della crisi familiare, appare opportuno puntualizzare che essi possono finanche realizzare trasferimenti di diritti reali immobiliari che, a pena di nullità, devono avere la forma scritta (art. 1350 c.c.).

Ai fini dell'opponibilità di tali atti ai terzi, peraltro, è necessaria la trascrizione (c.d. pubblicità dichiarativa), per curare la quale, la legge richiede la più solenne forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, *ex* art. 2657 c.c.

La ratio sottesa a tale scelta legislativa si rinviene nei principi di legalità e di certezza del diritto, fondamentali per la circolazione dei traffici giuridici.

Ed invero, siccome la trascrizione conferisce certezza alla titolarità dei diritti sui beni immobili e mobili registrati nonché alla condizione giuridica di tali beni, postula per ciò solo l'esistenza di un titolo tassativamente previsto dalla legge e dotato di particolare efficacia probatoria.

La funzione tipica della trascrizione, come noto, si sostanzia nella risoluzione dei conflitti che possono insorgere tra coloro che acquistano (c.d. aventi causa) uno stesso diritto da un medesimo alienante (c.d. dante causa). La possibilità che insorgano siffatti conflitti si spiega attesa la vigenza nel nostro ordinamento giuridico del principio del consenso traslativo, in forza del quale, per trasferire la proprietà di una cosa determinata o di un diritto di credito da un soggetto ad un altro, è necessario – ma anche sufficiente – l'accordo delle parti legittimamente manifestato, sicché è ben possibile che il titolare del diritto di proprietà disponga due volte dello stesso bene.

In altre parole, il legislatore, con la trascrizione, ha inteso garantire la sicurezza dei traffici giuridici, perfettamente in linea con un'economia di mercato che si propone di cristallizzare l'acquisto del diritto mediante l'espletamento della suddetta formalità, neutralizzando così i rischi connessi ad un'eventuale altra alienazione.

Orbene, interpretando alla luce delle suindicate coordinate ermeneutiche la tematica relativa agli accordi di separazione raggiunti a seguito di negoziazione assistita ed aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari, va rilevato che, ai sensi dell'art. 5, comma 3, d.l. n. 132/2014, per procedere alla trascrizione degli stessi «è necessario che la sottoscrizione del processo verbale sia autenticata[4] da un notaio o da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

La ratio sottesa alla necessità di un'autenticazione da parte del notaio o di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato si spiega in quanto detta autenticazione conferisce efficacia di prova legale alla scrittura privata circa la provenienza della dichiarazione, oltre a rendere certa la data della sottoscrizione (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2702 e 2704 c.c.)

Gli atti muniti di tale forma, peraltro, costituiscono titolo esecutivo, ai sensi dell' art. 474 c.p.c.

Va, altresì, rilevato che il legislatore ha puntualmente indicato nell'art. 21, d.p.r. n. 445/2000, quali siano i pubblici ufficiali legittimati all'autenticazione, oltre ai notai.

Tali sono "il cancelliere, il segretario comunale, nonché altro dipendente incaricato dal Sindaco".

[3] In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, la procedura è più complessa, richiedendo un più incisivo intervento del P.M. Questi, ove accerti la rispondenza dell'accordo al preminente interesse dei figli, lo autorizza; viceversa, nel caso in cui il controllo dovesse avere esito negativo, il Presidente del Tribunale convocherà le parti per vederle comparire innanzi a lui così da poter adottare, senza ritardo, tutti i provvedimenti opportuni (art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014).

[4] L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del notaio o di altro pubblico ufficiale autorizzato che la sottoscrizione è avvenuta in sua presenza, previo accertamento dell'identità di chi sottoscrive *ex* art. 2703 c.c.

Sul punto è, però, necessario sottolineare come, in materia di trasferimenti aventi ad oggetto proprietà immobiliari urbane, il comma 1-*bis*, dell'art 29 legge n. 52/1985 – inserito dall'art. 19, comma 14, d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010 – dispone che «(...) prima della stipula dei suddetti atti, il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari»[5].

Il fondamento che giustifica tale previsione normativa è rappresentato: da un lato, dalla necessità di garantire la c.d. coerenza oggettiva dell'immobile con i dati del catasto (in modo da poter reprimere eventuali fenomeni di elusione o evasione fiscale nel settore degli immobili urbani, causati dal mancato aggiornamento dei dati oggettivi di tali immobili, ai quali può corrispondere una maggiore redditività reale rispetto a quella emergente dal catasto); dall'altro, dall'esigenza di assicurare la c.d. coerenza soggettiva, previo accertamento, spettante al notaio, della conformità tra i titolari iscritti al catasto e le risultanze dei registri immobiliari (in proposito, cfr. Cass., 11.4.2014, n. 8611).

In altri termini, il legislatore si propone di garantire l'effettività dei dati emergenti dal catasto e dai pubblici registri immobiliari[6].

Orbene, giunti a questo punto della trattazione, preme verificare se, tale accertamento – di espressa competenza notarile – possa essere eseguito dagli altri pubblici ufficiali normalmente autorizzati ad autenticare i processi verbali dai quali risulta la convenzione di negoziazione assistita avente ad oggetto il trasferimento dei diritti reali immobiliari.

La risposta, invero, sembra dover essere negativa, non risultando fungibile il controllo del notaio con quello degli altri pubblici ufficiali abilitati all'autentica, né tantomeno con quello degli avvocati che assistono le parti nel corso della negoziazione.

Ciò, in particolare, considerando che il d.l. n. 132/2014 – in tema, appunto, di negoziazione – non ha demandato agli avvocati il predetto controllo di legalità, consistente nell'individuazione degli intestatari catastali e nella verifica della loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari.

Né può desumersi, d'altra parte, una simile competenza certificativa, in capo all'avvocato, dall'art. 5, comma 2, d.l. n. 132/2014, nella parte in cui dispone che il professionista «dichiara (assumendosene la relativa responsabilità) che l'accordo (raggiunto dalle parti) è conforme alle norme imperative, non è contrario alle norme di ordine pubblico, non viola diritti indisponibili».

Tale disposizione, infatti, non può che riferirsi alle norme poste a tutela della parità, libertà e dignità dei coniugi e, comunque, dell'ordine familiare.

In proposito, quindi, è opportuno sottolineare che la corretta esegesi dell'art. 19, comma 14, d.l. n. 78/2010, conferma, per un verso, l'indispensabilità dell'obbligo che fa capo al notaio (di individuare gli intestatari catastali e di verificare la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari); per altro, l'impossibilità di delegare tale obbligo alle parti (su cui incombe un onere diverso, consistente nella dichiarazione di conformità dello stato dei fatti ai dati catastali) ovvero all'avvocato, neanche a seguito della riforma sulla negoziazione assistita, a ciò ostando sia l'espressa previsione normativa, che la diversità di ruoli tra i soggetti suindicati e il notaio, tenuto per legge a svolgere una funzione di pubblico interesse.

A tal riguardo, particolarmente interessante risulta l'analisi di un recente orientamento della Corte di Appello di Napoli.

La fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici atteneva proprio alla richiesta di trascrizione di un accordo di separazione avente ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari, raggiunto a seguito di negoziazione assistita *ex* art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014, eseguita dal responsabile del Servizio di Pubblicità Immobiliare "con riserva" in quanto l'accordo recava firme autenticate da un funzionario delegato dal Sindaco[7].

Per tali ragioni, quindi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2674-*bis* c.c. e 113 disp. att. c.c., veniva proposto ricorso per ottenere la convalida della trascrizione[8].

[5] L'articolo summenzionato, più segnatamente, dispone che «gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale».

[6] Tuttavia, detta disciplina va letta in stretta correlazione con l'istituzione dell'Anagrafe Immobiliare Integrata, ad opera del d.l. n. 78/2010 (convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010), preposta all'attestazione, ai fini fiscali, dello stato di integrazione delle banche dati disponibili presso l'Agenzia del Territorio per ciascun immobile e all'individuazione dei soggetti titolari di diritti reali sugli stessi.

[7] Più in particolare, il Conservatore, nella propria memoria difensiva, aveva rilevato che «gli accordi negoziati recavano firme autenticate dal funzionario delegato dal Sindaco, tuttavia, con riguardo all'art. 2657 c.c., ciò non risultava conforme al disposto di cui all'art. 21, d.P.R. n. 445/2000 in relazione all'art. 5, comma 3, d.l. n. 132/2014».

[8] In proposito, è doveroso puntualizzare che il procedimento di convalida di trascrizione con riserva non ha natura giurisdizionale, rientrando per ciò solo nella volontaria giurisdizione. Ciò sul presupposto che il Giudice di prime cure non è chiamato a risolvere alcuna controversia insorta tra le parti, quanto piuttosto a vigilare, nel pubblico interesse, sulla regolarità delle trascrizioni immobiliari, rilevanti ai fini dell'opponibilità degli atti di trasferimento ai terzi.

Tale ricorso veniva rigettato dal Tribunale di Napoli (sez. IV, decreto del 29.1.2016, n. 477, relatore De Risi), sul presupposto che, dagli atti di causa, non emergeva alcuna prova circa l'avvenuto controllo di legalità da parte del notaio, previsto dall'art. 29, comma 1-*bis*, legge n. 52/1985, consistente nella verifica di conformità degli intestatari catastali con le risultanze dei registri immobiliari dei dati catastali[9].

A ciò va aggiunto che, secondo il giudice di prime cure, pur a voler sostenere che, nella negoziazione assistita, la verifica delle predette condizioni di legge incomba sugli avvocati, di certo, essa non potrebbe ritenersi soddisfatta dalla mera adozione di formule di stile (del tipo, "l'accordo non viola diritti indisponibili; l'accordo non è contrario a norme imperative o alle norme di ordine pubblico"), come era accaduto nel caso de quo.

Avverso il predetto rigetto, veniva proposto reclamo alla Corte di Appello di Napoli, che rigettava l'istanza, escludendo, tra l'altro, che in materia abbia competenza l'avvocato (App. Napoli, sez. II, Relatore Gaviano, decreto del 12.12.2016). Il Collegio precisava, altresì, che tale controllo «è previsto a pena di nullità assoluta dell'atto e non risulta derogato, né tantomeno superato dalla specifica normativa in tema di negoziazione assistita».

In proposito, va osservato che il menzionato articolo 29, comma 1-*bis*, legge n. 52/1985, demandando esplicitamente solo al notaio il compito di individuare gli intestatari catastali e di verificare la conformità degli stessi con le risultanze dei registri immobiliari, ha inteso sottolineare l'importanza di tale controllo, posto a presidio degli interessi pubblici coinvolti, da individuarsi, tra l'altro, nella lotta all'elusione e all'evasione fiscale nell'ambito dei negozi relativi al trasferimento di proprietà immobiliari urbane.

Ne deriva che, in ragione dei superiori interessi pubblici, i coniugi possono stipulare, anche a seguito di negoziazione assistita, accordi di separazione aventi ad oggetto trasferimenti di diritti reali immobiliari, ma, per potersi procedere alla trascrizione nei registri immobiliari di tali accordi, sarà pur sempre necessario un atto del notaio, che attesti la conformità degli intestatari catastali con le risultanze dei registri immobiliari ovvero una sua relazione, che costituirà parte integrante della documentazione versata in atti[10].

Rebus sic stantibus, l'intervento del notaio, in tema di trasferimenti immobiliari trascrivibili nei pubblici registri, è tutt'oggi richiesto, nonostante la politica di degiurisdizionalizzazione che ha ispirato la procedura di negoziazione assistita.

Ciò sul presupposto che le esigenze di riduzione del contenzioso civile, sottese alla riforma introdotta dal d.l. n. 132/2014, non possono assolutamente giustificare l'eliminazione del controllo di legalità di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, legge n. 52/1985, cui è preposto il notaio[11], finalizzato alla tutela di interessi di stampo pubblicistico, gli unici a giustificare la sanzione della nullità.

[9] In motivazione, il Tribunale richiama un condivisibile principio di diritto, espresso da Cass., 11.4.2014, n. 8611 Manca fonte di pubblicazione cartacea o informatica, ai sensi del quale «(…) la vendita immobiliare priva della dichiarazione di coerenza dei dati catastali, prescritta dall'art. 19, comma 14, d.l. n. 78/2010, conv. in legge n. 122/2010, non soddisfa la ratio pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale ed è affetta da nullità assoluta, conseguendone la responsabilità disciplinare del notaio».

[10] La trascrizione, rilevante ai fini dell'opponibilità ai terzi, infatti, postula la validità dell'atto di trasferimento immobiliare.

[11] In tal modo, del resto, si conferma l'importanza della funzione pubblica esercitata dal notaio per espressa previsione di legge.

Giacomo Romano
Specializzato in Professioni Legali

Diritto penale

Problemi e riflessioni sulla partecipazione all'organizzazione terroristica "Stato islamico".

abstract

Any person who participates in the financing, planning, facilitation – including acts of recruitment, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice.

keywords

Islamic State, terrorist organisation, Islamic State in Iraq and the Levant.

abstract

La legge penale punisce ogni condotta volta al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'arruolamento e a tutte quelle attività funzionali all'azione terroristica.

parole chiave

Stato islamico, organizzazione terroristica, Stato Islamico dell'Iraq e del Levante.

La questione in esame prende le mosse da un'interessante sentenza della Corte d'Assise I di Milano, 25 maggio 2016 (dep. 28 luglio 2016), Pres. Ilio Mannucci Pacini, Giud. Est. Ilaria Simi de Burgis, che ha condannato due imputati del delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p. poiché partecipavano all'organizzazione terroristica denominata "stato islamico", allo scopo di commettere atti di violenza con finalità di terrorismo all'interno del territorio dello Stato Italiano.

Il procedimento traeva origine nell'ambito dell'istituzionale monitoraggio della rete *internet*, volto al controllo di spazi virtuali riguardanti il fenomeno del proselitismo e della propaganda terroristica di matrice islamica. In particolare, gli investigatori monitoravano due profili del noto *social network "Twitter"* – poi ricondotti ad uno degli imputati – con i quali nel 2015 erano stati pubblicati centinaia di messaggi volti ad esaltare e sostenere l'attività dello stato islamico e ad intimidire la popolazione. Nei suoi *"tweets"* l'imputato spendeva il nome dell'I.S., annunciandone la presenza in Italia e minacciando l'imminente compimento di azioni terroristiche. Identificato l'utente dei profili "*Twitter*", gli inquirenti ottenevano l'autorizzazione ad avviare attività di intercettazione nei suoi confronti, e già dalle prime conversazioni intercettate emergeva il coinvolgimento anche del secondo imputato.

Quest'ultimo aveva studiato e fornito al primo il manuale diffuso dall'I.S. intitolato "*How to survive in the west: a mujahid's guide*". Secondo i giudici tale documento rappresentava per loro un «prezioso punto di riferimento», a cui spesso si rifacevano e di cui seguivano le direttive (ad esempio su come rendere anonimi i propri dispositivi informatici e su come camuffare la propria radicalizzazione per non destare sospetti all'esterno).

Inoltre, il secondo imputato, facendo leva sulle difficoltà nel trovare un lavoro del primo, si sarebbe offerto di "mandarlo in Siria", dove lo stato islamico gli avrebbe dato una casa, una ragazza da sposare ed uno stipendio (all'inizio solo 500/600 dollari, fino a quando non avrebbe imparato ad «ammazzare»).

Infine, i due avevano discusso dei possibili *escamotages* da adottare per raggiungere la Siria senza essere bloccati alle frontiere, o se fosse più opportuno attuare il *jihad* in Italia anziché raggiungere le fila dell'I.S. Insieme si erano confrontati sui possibili obiettivi, individuandoli rispettivamente nell'azienda in cui lavorava il primo imputato, o nelle Forze dell'Ordine. Tuttavia, l'obiettivo finale e più ambito era diventato l'aeroporto militare di Brescia-Ghedi, che veniva definito una «grande porta del *Janna*» (cioè, per ottenere il Paradiso). Sebbene si trattasse di un obiettivo assai impegnativo, gli imputati avevano iniziato a discutere su come attuare questa delicata missione, per la quale il primo imputato si sentiva "il prescelto" da Allah. L'attentato nell'aeroporto, secondo i due, avrebbe costituito un'adeguata risposta alle morti provocate in Siria proprio dai mezzi militari occidentali e così avevano iniziato a fare delle ricerche e a discutere su come farvi ingresso.

Tanto chiarito in punto di fatto, nell'affrontare il tema del terrorismo internazionale di matrice islamica, è necessario procedere preliminarmente ad alcune riflessioni di carattere generale.

Il c.d. stato islamico, il Califfato, è ormai un'organizzazione terroristica riconosciuta a livello sovranazionale. Le risoluzioni nn. 2170 e 2178 adottate nel

2014 dall'O.N.U. hanno rappresentato la decisione unanime delle Nazioni Unite di qualificare lo "stato islamico" quale organizzazione terroristica, imponendo agli Stati interventi idonei a limitarne la minaccia. Si è deciso, dunque, di reagire a questa spaventosa emergenza in modo unanime, e ciascun Paese ha proceduto con le modalità ritenute più opportune; in Italia una significativa risposta si è avuta con il decreto legge n. 7 del 2015.

Risulta pacifico, dunque, che l'I.S. sia un'organizzazione terroristica (e non uno Stato, come si autodefinisce), e tale natura non abbisogna di ulteriori dimostrazioni.

Le suddette risoluzioni rappresentano una netta presa di coscienza della straordinaria pericolosità di questa organizzazione, derivante principalmente da due fenomeni: quello dei c.d. *foreign fighters*, che rappresentano una minaccia non solo per il Paese di destinazione, ma anche per quello di partenza, e quello dei c.d. lupi solitari.

Per valutare la condotta di partecipazione degli imputati allo stato islamico, è necessario tenere a mente, da una parte, che si tratta di un'organizzazione che presenta caratteri del tutto peculiari, e dall'altra parte che i suoi associati obbediscono alla chiamata individualizzata al *jihad* (chiamata che si è espressa anche in recenti sanguinosi attentati).

Gli scopi di tale organizzazione, perseguiti attraverso un particolare *modus operandi* e la selezione di determinati obiettivi, si riflettono inesorabilmente sulla sua struttura, condizionandone le forme.

È evidente, infatti, che la pianificazione di un attentato in cui il terrorista mette in conto – anzi auspica – di sacrificare la propria vita, abbassa in maniera considerevole il livello di organizzazione richiesto per la riuscita dell'attentato stesso, nonché per la selezione dell'associato.

A ciò si aggiunga che anche l'individuazione degli obiettivi delle azioni terroristiche dell'I.S. non richiede necessariamente particolari attività preparatorie, dal momento che i bersagli sono tutti i c.d. miscredenti, ovvero atei, apostati (sciiti) o ipocriti (finti musulmani), ovvero gente comune che rappresenta uno stile di vita o un credo diversi da quelli professati dal "Califfato". Le direttive dell'I.S. sono assolutamente chiare nella volontà di colpire gli infedeli occidentali ovunque si trovino, cosicché ogni singolo aderente sa perfettamente quale è il suo compito, la cui esecuzione dimostra la condivisione e il perseguimento degli scopi dell'associazione, portando la forza ed il prestigio di detta organizzazione, e viene perciò dalla stessa rivendicato.

È stata così introdotta la figura del c.d. terrorismo individuale, che contraddistingue appunto l'I.S., che si è organizzato con una frammentazione estrema del fattore umano. I portavoce dell'I.S. hanno infatti più volte sottolineato che chiunque può perseguire lo scopo dell'organizzazione effettuando attentati del tutto autonomamente. E l'attuazione di questa strategia è stata agevolata dalla comparsa di quegli enormi spazi di arruolamento rappresentati dai vari *social network*, che consentono il c.d. *fishing* informatico.

Tale modello "orizzontale" (e non "piramidale") delle strutture terroristiche locali è stato promosso già nel 2004 dall' "*Appello alla resistenza islamica globale*", il più noto e scaricato manuale sul "terrorismo fai da te" pubblicato su *internet* da Abu Mussab Al Suri, che per primo prese le distanze dalla strategia globalizzata di Al Qaeda, preconizzando il sistema delle piccole cellule, nonché dei lupi solitari.

A sua volta lo stato islamico – affermatosi, come noto, a partire dal 2014 in un territorio che si colloca in parte in Iraq e in parte in Siria –, oltre ad essersi presentato come un vero stato sociale organizzato, ha invitato ad un'adesione generalizzata: ogni vero musulmano dovrebbe andare lì, e chi non lo fa viene equiparato al miscredente. Chi, poi, non fosse nelle condizioni per poter raggiungere il territorio dell'I.S., è chiamato ad attuare il *jihad* nel Paese in cui vive. Eloquente è il contenuto della guida "*How to survive in the west*: *a mujahid's guide*", di cui gli imputati erano in possesso, che in un paragrafo esplicita: «l'inizio di questo libro ti insegna come essere un agente segreto che fa cose autonomamente, tu sei uno che non dipende da nessun tipo di gruppo, la tua sola connessione con lo stato islamico è ideologica […] il tuo primo scopo sarà continuamente imparare informazioni ed estenderle. Questo è quello che ci legherà insieme».

D'altra parte l'esecuzione di un'azione terroristica, che peraltro normalmente viene concepita e conclusa in brevissimi lassi temporali, in genere segna anche il momento in cui l'intervento repressivo dello Stato è ormai inutile, perché non vi sono più soggetti da punire (e rieducare). Da qui le difficoltà del diritto penale – che ricalca un paradigma reattivo, e non preventivo – a contrastare una simile organizzazione. Nessuna efficacia general-preventiva può infatti avere la minaccia di una sanzione verso coloro che vedono nel martirio il massimo coronamento della propria vocazione terroristica. Ed è questa la semplice considerazione che ha portato le assemblee legislative di tutta Europa ad introdurre nuovi strumenti di contrasto alle associazioni terroristiche, improntati ad una anticipazione dell'intervento repressivo, con la configurazione di un reato di pericolo che vede nell'adesione all'organizzazione la lesione del bene giuridico tutelato (l'ordine democratico).

L'organizzazione terroristica transnazionale va pensata, più che come una struttura statica, come una "rete", in grado di mettere in relazione persone assimilate da un comune progetto politico-criminale, che funge da catalizzatore dell'*affectio societatis* e costituisce lo scopo sociale del sodalizio[1].

[1] cfr. Cass. pen., sez. V, 25 luglio 2008, n. 31389.

Di fatto, per partecipare ad una siffatta associazione e rafforzarla è sufficiente che il partecipe si metta "a disposizione" della rete per attuare il disegno terroristico, o che, più semplicemente, segnali ad essa i propri progetti criminosi affinché questa li possa "rivendicare".

Il che non significa, evidentemente, che la prova della partecipazione all'organizzazione terroristica possa essere desunta dalla sola adesione psicologica o ideologica all'integralismo e al fondamentalismo islamico. Semplicemente, per valutare tale partecipazione, occorre adottare criteri adeguati alla stessa identità dell'associazione terroristica, e la struttura "a rete" implica che ciascun partecipante non debba necessariamente essere in contatto col nucleo centrale dell'organizzazione, essendo sufficiente il collegamento con un singolo "nodo" della rete stessa.

Invero, la legge penale non può che limitarsi a punire la partecipazione – comunque essa avvenga – alle associazioni criminali, e sono queste ultime che, a seconda di come organizzano la propria azione, stabiliscono come, ed in che cosa, detta partecipazione si deve declinare. E quindi, poiché la strategia terroristica islamica risulta ormai per lo più improntata all'agire individuale, senza che sia necessaria una particolare organizzazione di mezzi e di uomini, e dal momento che il fine unico perseguito è quello di creare il terrore mietendo vittime con diverse singole azioni organizzate e realizzate in brevi lassi temporali, sarebbe fuorviante e scorretto ragionare con le categorie pensate per le "comuni" associazioni per delinquere.

Per quanto riguarda l'I.S., in particolare, non sono necessari particolari riti di iniziazione e non occorrono "selezioni all'entrata" – giacché tutti i veri musulmani devono, secondo il Califfato, riconoscersi nell'I.S. –, non servono piani d'azione sofisticati che garantiscano l'impunità, dal momento che i terroristi vanno incontro alla "gloria" del martirio, e non serve mantenere la segretezza dell'organizzazione, la quale ha interesse a rivendicare ogni condotta terroristica. L'organizzazione dell'associazione ed i contatti tra gli associati sono, dunque, spesso ridotti all'osso, e già questo *minimum* permette di ravvisare una vera e propria partecipazione all'associazione terroristica.

A tal proposito, la giurisprudenza ha correttamente rilevato che «diversi sono i modelli di aggregazione e operatività tra sodali che possono integrare quel minimum organizzativo, indispensabile perché di reato associativo possa parlarsi. L'esperienza di questi anni ha infatti posto gli inquirenti e i giudicanti, specie per quel che riguarda le societates di matrice islamica, di fronte a strutture "cellulari", caratterizzate da estrema flessibilità interna, in grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che, di volta in volta, si presentano, in condizione dunque di operare anche contemporaneamente in più Stati ovvero anche in tempi diversi e con contatti (fisici, telefonici o comunque a distanza) tra gli adepti anche connotati da marcata sporadicità»[2].

La fattispecie delittuosa di cui all'art. 270-*bis* c.p. deve ritenersi integrata anche con riferimento a chi realizzi «condotte di supporto all'azione terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda [...] all'arruolamento [...] ossia a tutte quelle attività funzionali all'azione terroristica»[3].

Ecco che allora nel percorso motivazionale seguito dai giudici sembra assumere un ruolo di primo rilievo il paragrafo 7 della sentenza ("i contatti di B. con altri esponenti dell'I.S.", p. 37 ss.), nel quale vengono ricostruiti i contatti di uno degli imputati con alcuni presunti jihadisti arruolati nelle fila del Califfato. Si tratta in particolare di: una conversazione tramite "*Facebook-messenger*" con un soggetto che veniva localizzato ad Al Raqqah in Siria, città considerata il "quartiere generale" dello stato islamico; una lunga e significativa conversazione avvenuta tra il B. ed un suo concittadino tunisino, in cui questi lo esortava a raggiungere il territorio dell'I.S. («vieni allo Stato e lascia il paese della miscredenza giuro su Allah che qui troverai la tua dignità e sarai giudicato dal libro di Allah»), ed il B. manifestava la propria intenzione di farlo al più presto («fratello, avrai belle notizie a breve. Mi sto impegnando, ho trovato un filone. Allah ci aiuti e su di lui bisogna procedere», «giuro su Allah che ho l'onore e l'orgoglio per comunicare con voi… e che mi fa unire a voi al più presto»); una conversazione che l'imputato B. aveva avuto durante il suo soggiorno in Tunisia (avvenuto nel periodo delle indagini preliminari e monitorato dagli investigatori) con un soggetto dalla Corte ritenuto «contiguo» agli attentati lì avvenuti proprio in quel periodo. Questi avrebbe procurato all'imputato dei contatti utili per riuscire ad entrare nello stato islamico («grazie ah, stavo parlando con il nostro fratello, mi ha detto di contattarlo quando prendi l'aereo per la Turchia. Per farti capire come fare»; «contattalo così ti dirà quello che devi fare di preciso»).

Infatti, per l'integrazione di tale reato non è necessario che il gruppo ponga in essere tutte le condotte che la giurisprudenza ha individuato come sintomatiche della concretezza dell'adesione all'associazione, essendo sufficiente la prova anche di una o di alcune di esse, purché apprezzabili sulla base di dati concreti

[2] cfr. Cass. pen., sez. V, 25 luglio 2008, n. 31389 cit.

[3] Lo schema normativo di cui all'art. 270-*bis* c.p. deve ritenersi soddisfatto, in quanto, come per qualsiasi altro reato associativo, condizioni necessarie e sufficienti sono il numero delle persone, la scopo di commettere una serie indeterminata di delitti (ovviamente, di natura terroristica) e un "nocciolo" di struttura organizzativa.

e non di mere supposizioni[4].

Né, evidentemente, può rilevare che i vari adepti non riescano ad attuare il *jihad*. Trattasi, infatti, di reato di pericolo presunto, per la cui integrazione in giurisprudenza è richiesta solo l'esistenza di un'associazione avente un programma di atti di violenza con finalità di terrorismo, con struttura idonea al compimento di una serie di reati per la cui realizzazione l'associazione è istituita, senza tuttavia che l'atto di violenza sia realizzato o che qualcuno degli affiliati abbia dato inizio all'esecuzione del programma[5].

Va peraltro sempre sottolineato che a questa anticipazione della soglia di punibilità rimangono estranee le manifestazioni di un'adesione meramente ideologica; rileva la Corte di legittimità che «l'associazione con finalità di terrorismo [...] è fattispecie delittuosa di pericolo presunto diretta ad apprestare tutela contro uno specifico programma di violenza e contro coloro che a tale programma aderiscono proponendosi il compito di realizzare atti di violenza con finalità di eversione dell'ordine democratico, intendendosi, peraltro, per programma l'insieme di propositi concreti e attuali di violenza e non posizioni meramente ideologiche che, di per sé, ricevono tutela proprio dall'ordinamento democratico e pluralistico che contrastano»[6].

In giurisprudenza sono stati ritenuti elementi concreti denotanti la partecipazione ad un'associazione terroristica, oltre che le attività sopra indicate, anche quei «propositi eversivi degli aderenti espressi con reiterate manifestazioni di disponibilità a partire per "fare *Jihad*" e con la ricerca di un contatto operativo che consentisse loro di tradurre in pratica i propositi di morte»[7].

La giurisprudenza di legittimità riconduce infatti «il delitto associativo previsto dall'art. 270-*bis* c.p. nell'ambito dei delitti di pericolo presunto, o a consumazione anticipata, caratterizzati dall'anticipazione della soglia di punibilità nel momento stesso della costituzione di un'organizzazione di persone e di mezzi, volta a realizzare un programma di violenze ed aggressioni per finalità di terrorismo, onde la fattispecie punitiva ha ad oggetto attività meramente prodromiche e preparatorie antecedenti all'inizio di esecuzione delle programmate condotte violente»[8].

La Suprema Corte, ravvisando nelle "condotte univocamente sintomatiche, consistenti nello svolgimento di attività preparatorie rispetto alla esecuzione del programma" la spia dell'effettivo inserimento degli imputati nell'associazione terroristica, rimanda con evidenza alla struttura "finalizzata" dell'elemento psicologico del delitto in esame che, non a caso, la Corte di legittimità identifica in quella del "dolo specifico": «la consapevolezza e la volontà del fatto di reato devono essere rivolte al perseguimento della peculiare finalità di terrorismo che connota l'attività dell'intera associazione»[9].

Se, dunque, l'associazione con finalità di terrorismo si palesa in modo assai nuovo e meno tangibile per ciò che concerne la struttura operativa, soprattutto se concepita secondo i canoni desumibili dalle esperienze passate collegate allo studio delle associazioni per delinquere di tipo "classico", per converso la condotta dell'associato deve palesare la "peculiare finalità terroristica" e ciò, in sostanza, fa sì che l'indagine sulla sussistenza o meno dell'associazione con finalità di terrorismo comporti un percepibile spostamento del baricentro valutativo verso la componente psichica del

Le persone possono anche essere arruolate di volta in volta, con una sorta di adesione *in progress*, ma, ciò non di meno, esse entrano a far parte di una struttura associativa saldamente costituita (anche per il solido legame ideologico-religioso che la connota e ne costituisce, a un tempo, finalità e ragion d'essere).

[4] cfr. Cass. pen., sez. VI, 29 novembre 2012, n. 46308.

[5] cfr. Cass. pen,. sez. VI, 29 novembre 2012, n. 46308 cit. Invero, con riferimento a strutture organizzative "cellulari" o "a rete" – caratterizzate da estrema flessibilità e in grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che di volta in volta si presentano, in condizione di operare contemporaneamente in più Paesi, anche in tempi diversi e con contatti (fisici, telefonici, informatici) anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi in rete (cfr. Cass. pen., sez. V, 25 luglio 2008, n. 31389 cit.) – la fattispecie delittuosa di cui all'art. 270-*bis* c.p. deve ritenersi integrata – ovviamente in presenza del necessario elemento soggettivo – anche da un sodalizio che realizza condotte di supporto all'azione terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali, quali quelle volte al proselitismo, alla diffusione di documenti di propaganda, all'assistenza agli associati, al finanziamento, alla predisposizione o acquisizione di armi, alla predisposizione o acquisizione di documenti falsi, all'arruolamento, all'addestramento, ossia a tutte quelle attività funzionali all'azione terroristica, *etc.*, alcune della quali integranti anche fattispecie delittuose autonome, «fuori dai casi di concorso nel reato di cui all'art. 270-*bis* c.p.» (vedi artt. 270-*ter*, 270-*quater* e 270-*quinques* c.p.).

[6] cfr. Cass. pen., sez. I, 19 settembre 2006, n. 30824. Ne consegue che la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato, ricevendo tutela proprio dall'assetto costituzionale dello Stato che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere (Cass. pen., sez. I, 20 giugno 2000, procuratore generale in proc. Paiano e altri; nello stesso senso già Cass. pen., sez. I, 10 agosto 1987, Angelici).

[7] cfr. Cass. pen,. sez. VI, 29 novembre 2012, n. 46308 cit.

[8] cfr. Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2007, n. 34989 Manca fonte di pubblicazione cartacea o informatica.

[9] cfr. Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2007, n. 34989 cit. Invero, pur essendo incontroverso che la sola costituzione dell'associazione integra il reato previsto dall'art. 270-*bis* c.p., e che, ai fini della sussistenza del reato, non è necessario il compimento degli atti criminosi costituenti espressione del programma criminoso e strumentali alla particolare finalità perseguita, è altrettanto indubbio che la struttura organizzativa deve presentare un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare, quindi, la valutazione legale di pericolosità, correlata alla idoneità della struttura alla realizzazione della serie indeterminata di reati per il cui compimento l'associazione stessa è stata costituita (cfr. Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 19646).

delitto[10].

I giudici meneghini hanno, così, ritenuto provata la penale responsabilità degli imputati con riferimento al reato loro ascritto. Invero, le condotte degli imputati – che durante tutta la durata delle indagini hanno sempre agito in concorso – sono state ritenute idonee ad integrare quel *minimum* organizzativo in cui si deve estrinsecare il reato associativo di cui all'art. 270-*bis* c.p.

Accolta la chiamata del Califfato ad attuare il *jihad*, e dopo una adesione anche formale con la formula del giuramento da parte di uno di loro, i due imputati hanno sempre fatto espresso riferimento alla volontà di commettere attentati, valutando possibili obiettivi. A ciò si aggiunga che il primo imputato spendeva il nome dell'organizzazione terroristica nella sua attività di propaganda attraverso l'account *Twitter*, e si era procurato dei contatti diretti con altri *mujaheddin* (come risulta dalle inequivocabili intercettazioni telematiche).

I due a tratti erano determinati ad «ammazzare» in Italia, a tratti sognavano di raggiungere il territorio dell'I.S. – organizzazione terroristica di cui si sentivano e facevano parte – per partecipare al *jihad* in quella terra. In ogni caso, il loro agire – anche estemporaneo ed isolato – è facilmente riconducibile allo stato islamico, e da esso certamente sarebbe stato rivendicato.

Sebbene guardando al complesso del materiale probatorio può affermarsi che il primo imputato abbia interpretato un ruolo più attivo rispetto al secondo la corte meneghina non ha ritenuto che ciò solo possa giustificare un differente e più mite trattamento sanzionatorio per il secondo imputato. Quest'ultimo, infatti, è solo risultato essere più «prudente e pragmatico», ed ha sempre fornito il proprio supporto al suo amico, con il quale condivideva il medesimo disegno criminoso ed al quale era accomunato dall'intensità del dolo, ovvero dalla forte determinazione a commettere un qualsiasi attentato.

L'impostazione dogmatica tenuta dai giudici milanesi consente di far luce su un punto decisivo. Il fatto che la ricerca di un "contatto" da parte di un soggetto al fine di organizzare il viaggio verso i territori dell'I.S. possa essere considerato quale elemento «denotante la partecipazione ad un'associazione terroristica» implica, appunto, che la condotta partecipativa (magari ad un'autonoma cellula) debba risultare già da altri elementi. Non potrebbe, cioè, farsi discendere la partecipazione di un soggetto direttamente allo stato islamico dalla sola ricerca di un modo per raggiungere i territori da esso occupati, o dall'autonoma preparazione del proprio viaggio avulsa da un contesto associativo. E nemmeno quest'ultima condotta potrebbe esser fatta rientrare nel perimetro dell'art. 270-*quater*, comma 1, c.p. («organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo») che, evidentemente, punisce chi organizza il viaggio con finalità di terrorismo altrui, e non il proprio.

Sminuendo il dato strutturale e organizzativo insito nel delitto associativo, l'anticipazione della repressione penale finirebbe per sanzionare la semplice adesione ad un'astratta ideologia che, pur aberrante per l'esaltazione della indiscriminata violenza e per la diffusione del terrore, non è accompagnata dalla possibilità di attuazione del programma; in tal modo si finirebbe per reprimere idee, piuttosto che fatti, potendo tutt'al più configurarsi, nell'ipotesi di accordo non concretizzatosi in un'organizzazione adeguata al piano terroristico, il reato di cui all'art. 304 c.p., che, attraverso l'art. 302 c.p., richiama anche l'art. 270-*bis* c.p.[11].

Solo tale lettura pare coerente con le stesse novità normative introdotte dalla riforma del 2015: l'art. 4, lett. d., del d. lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia) prende infatti in considerazione proprio gli «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti… a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270-*sexies* c.p.», e in presenza di essi legittima un intervento meramente preventivo, e non ancora repressivo.

L'elemento oggettivo del delitto, classificabile tra quelli plurioffensivi, è contraddistinto da una pluralità di condotte che designano l'inserimento del soggetto nella struttura in relazione ai diversi ruoli esercitati all'interno dell'associazione. In proposito deve essere sottolineato che la norma incriminatrice, oltre, alle posizioni di chi promuove, costituisce, organizza, dirige o partecipa, prende in esame anche la condotta di finanziamento, tipizzando lo specifico ruolo di chi fornisce le risorse finanziarie occorrenti per l'attuazione del programma criminoso.

La condotta di partecipazione ad associazioni terroristiche può essere compiutamente delineata richiamando i principi enunciati dalle sezioni unite della corte di legittimità che, in tema di associazione per delinquere di stampo mafioso, hanno chiarito che «si definisce partecipe colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo è ma fa parte della (meglio ancora: prende parte alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima» (cfr. Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, rv. 231673).

In coerenza con questa linea interpretativa la giurisprudenza di legittimità ha osservato che la prova della partecipazione ad associazioni terroristiche non può essere desunta dal solo riferimento all'adesione psicologica o ideologica al programma criminale, e che la dichiarazione di responsabilità presuppone la dimostrazione dell'effettivo inserimento nella struttura organizzata attraverso condotte univocamente sintomatiche, consistenti nello svolgimento di attività preparatorie rispetto alla esecuzione del programma oppure nell'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale (cfr. Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2006, n. 30824).

[10] cfr. Corte di Assise d'Appello di Milano, sez. II, 10 maggio 2011, n. 4011.

[11] cfr. Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2002, Marra, rv. 221834.

Elia Scafuri
Avvocato

Diritto amministrativo

Enti pubblici: l'istituzione della sezione separata di archivio storico ex art. 30, comma 4, d.lgs. 42/2004.

abstract

The regulatory requirements that arise on Public Authorities and Institutions in the field of archives. The provision, not even respected, to institute and manage a separated section of historical archive, in accordance with art. 30, clause 4, second part, of d.lgs. 42/2004. The example: Historical archive of Neapolitan Conservatory of Music San Pietro a Majella.

keywords

Public Authorities and Institutions – Historical archive – Separated section ex art. 30, clause 4, d.lgs. 42/2004.

abstract

Gli obblighi giuridici che sorgono in capo ad enti ed istituti pubblici in materia di archivi. La peculiare prescrizione, talvolta disattesa, di istituire e gestire la sezione separata di archivio storico ai sensi dell'art. 30, comma 4, secondo periodo, del d.lgs. 42/2004 (c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio): ratio e sanzioni. Il caso: l'archivio storico del Conservatorio di musica San Pietro a Majella di Napoli.

parole chiave

Enti ed istituti pubblici – Archivio storico – Sezione separata ex art. 30, comma 4, d.lgs. 42/2004.

Il *focus* trae origine dalla riflessione in merito ai principali obblighi giuridici che sorgono in capo ad enti e istituti pubblici in materia di archivi[1] ai sensi della vigente normativa, ed in particolare del d.lgs. n. 42/2004 (c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio, d'ora in avanti, per brevità, anche Codice)[2].

Nello specifico, tra i numerosi obblighi racchiusi nelle norme che il Codice dedica agli archivi, appare particolarmente interessante analizzare quello prescritto dall'art. 30, comma 4, secondo periodo, consistente nell'istituzione e gestione di una sezione separata di archivio storico dell'ente: prescrizione troppo spesso disattesa da parte delle istituzioni pubbliche, come si dirà di qui a breve.

Prima di entrare nel vivo del *focus*, che intende indagare la ratio sottesa alla norma in esame – la quale, ad una poco attenta lettura, sembrerebbe dettare una prescrizione "in bianco" – e di guardare all'affascinante caso dell'archivio storico del Conservatorio napoletano, appare opportuna, a meri fini chiarificatori, una premessa a carattere storico-normativo in materia di archivi.

Il termine "archivio" ha goduto di una diffusa e non sempre omogenea applicazione tanto nel linguaggio prettamente archivistico[3] o affine al primo, quanto in quello di uso comune: riduttivamente, il termine indica una raccolta di informazioni conservate per finalità eterogenee.

Com'è noto, l'archivio di un ente o istituto pubblico rappresenta l'insieme dei documenti – che possono presentarsi sotto diverse forme e necessitare dei più svariati supporti – prodotti o comunque acquisiti quale strumento e risultato delle attività e delle funzioni del soggetto produttore (generalmente, lo stesso Ente) dei documenti. Non così altrettanto nota, invece, è la circostanza per la quale i documenti che compongono l'archivio, dotati di valore giuridico, amministrativo ed informativo, sono connessi – tra loro – da un vincolo archivistico naturale e spontaneo[4]; circostanza che differenzia tali documenti da quelli che compongono le raccolte o le biblioteche.

Tanto premesso, per la corretta tenuta e gestione degli archivi nelle diverse fasi della loro esistenza, incombono, sui soggetti produttori o sugli enti proprietari o detentori di tali archivi, degli obblighi giuridici ben precisi e lo Stato – *rectius*, la Soprintendenza Archivistica, organo periferico del Ministero dei beni e

[1] Vedasi: Carassi, M., *Obblighi di legge dell'Ente pubblico relativi agli archivi,* Soprintendenza archivistica per il Piemonte e la Valle d'Aosta, Torino, 20 giugno 2005; Carassi, M., *Linee guida per gli archivi delle istituzioni scolastiche*, 2008, in *http://www.archivi.beniculturali.it/servizioII/progetti/archivi_scolastici.htm*

[2] Per un'ampia panoramica in materia vedasi: Ferretti, A., *Manuale di diritto dei beni culturali e del Paesaggio*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2013.

[3] Casanova, E., *Archivistica*, Siena, 1928; Romiti, A., *Archivistica generale primi elementi*, Civita editoriale, Lucca, 2002.

[4] Sul vincolo archivistico vedasi, *ex multis*, Lodolini, E., *Archivistica, principi e problemi*, Franco Angeli, Milano, 1995.

delle attività culturali e del turismo (Mibact)[5] – svolge una fondamentale funzione di vigilanza in un'ottica di sussidiaristica cara alla Carta costituzionale.

Per quanto qui di rilievo, la vita di un archivio è riconducibile a tre fasi: la fase dell'archivio corrente, inerente alla tenuta e gestione del complesso dei documenti relativi agli affari in corso; la fase dell'archivio di deposito, che riguarda il complesso dei documenti relativi agli affari conclusi e conservati separatamente, prima del trasferimento dei medesimi all'archivio storico; la fase dell'archivio storico, riguardante il complesso di documenti relativi ad affari conclusi da oltre quarant'anni e destinati, previa operazione di scarto, alla conservazione per un tempo illimitato per fini prevalentemente storico-culturali. La tutela degli archivi correnti, di deposito e storici spetta agli stessi enti o soggetti produttori che ne curano direttamente la tenuta, l'organizzazione, la conservazione e, per quanto previsto dalla legge, la consultabilità.

Prima di passare in rassegna tali obblighi, vale la pena aprire una parentesi sulla nozione di archivio quale bene culturale.

Se già con legge 7 febbraio 1958 l'Italia recepiva la Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954, solo negli anni Sessanta fu avvertita la necessità di definire il concetto di "beni culturali" e di fornire indicazioni per l'istituzione di un apposito Dicastero. Tuttavia, la nozione messa a punto dalle diverse Commissioni parlamentari[6], sulla scia delle convenzioni dell'Aja e di Parigi[7], non portò ad alcuna concreta realizzazione istituzionale: solo nel dicembre del 1974, per iniziativa congiunta del Presidente del Consiglio Aldo Moro e di Giovanni Spadolini[8], si addivenne all'istituzione del Ministero per i Beni Culturali ed Ambientali.

Fin da subito apparvero evidenti le criticità e le incertezze legate alla esatta individuazione dei beni che potessero far parte della categoria di "beni culturali". Con precipuo riguardo agli archivi, nella prima fase normativa risalente al 1874, per volere della Commissione Cibrario[9] questi ultimi vennero assegnati al Ministero dell'Interno e tenuti separati dai beni artistici, archeologici, architettonici e librari, già di competenza del Ministero della Pubblica Istruzione. Solo successivamente, con un capovolgimento di orientamento tanto inaspettato quanto auspicabile[10], al momento della conversione in legge del decreto avente ad oggetto l'istituzione del nuovo Ministero (in data 25 gennaio 1975), gli archivi vennero accorpati agli altri beni considerati come "culturali".

Con d.P.R. 805 del 3 dicembre 1975 venne dunque organizzato il Ministero per i beni culturali e ambientali che, ai sensi dell'art. 1 si prefiggeva l'obiettivo di provvedere «alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali e ambientali, archeologici, storici, artistici, archivistici e librari secondo la legislazione vigente», nonché «alla tutela di ogni altro bene del patrimonio culturale nazionale». Solo più tardi, in attuazione dell'art. 9 della Costituzione («La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica [cfr. artt. 33, 34]. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»), il legislatore si preoccupò di dare una più precisa definizione del concetto di bene culturale.

Già con il T.u. del 1998 (d.lgs. 112/1998[11]), partendo dalla definizione elaborata dalla Commissione Franceschini, qualificava come beni culturali «quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demo-etnoantropologico, archeologico, archivistico e librario». La norma definiva poi come "beni culturali" anche i beni individuati in base alla legge in quanto testimonianza avente valore di civiltà. Se la puntuale elencazione dei beni veniva mutuata dalla previgente legislazione, rispetto al termine "cose"

[5] Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, noto anche con l'acronimo Mibact, è il dicastero del Governo della Repubblica Italiana preposto alla tutela della cultura, dello spettacolo, e alla conservazione del patrimonio artistico e culturale e del paesaggio e alle politiche inerenti al turismo.

[6] La Commissione Franceschini dal 1964 al 1967, la Commissione Papaldo dal 1968 al 1970 e la Commissione Papaldo-*bis* dal 1970.

[7] Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954, cui aderirono ben 40 Stati di tutto il mondo, recepita a livello nazionale dall'Italia con legge 7 febbraio 1958 (legge 7 febbraio 1958, n. 279, Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, firmata all'Aja il 14 maggio 1954, con annesso Regolamento di esecuzione e del relativo Protocollo di pari data); Convenzione di Parigi del 17 novembre del 1970, concernente le misure da adottare per interdire ed impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali.

[8] Il Ministero per i Beni Culturali e Ambientali fu istituito da Giovanni Spadolini, (con decreto-legge 14 dicembre 1974, n. 657, convertito nella legge 29 gennaio 1975, n. 5, Gazz.Uff. 14 febbraio 1975, n. 43), con il compito di affidare unitariamente alla specifica competenza di un Ministero appositamente costituito la gestione del patrimonio culturale e dell'ambiente al fine di assicurare l'organica tutela di interesse di estrema rilevanza sul piano interno e nazionale (Organizzazione del Ministero per i beni culturali e ambientali con d.P.R. n. 805 del 3 dicembre 1975).

[9] La Commissione, dal nome del suo presidente Luigi Cibrario, allora Ministro di Stato e Senatore del Regno nonché noto studioso, fu istituita nel 1870 per risolvere le problematiche riguardanti gli archivi italiani e formulare un regolamento delle biblioteche governative.

[10] Capovolgimento fondatosi sulla decisa presa di posizione da parte degli Archivisti di Stato italiani, i quali – a ben ragione – consideravano l'esclusione degli archivi dalla competenza del nascente Ministero per i Beni culturali ed ambientali come una dequalificazione culturale di siffatta categoria di beni in funzione della prevalenza della loro sola funzione amministrativa.

[11] Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 112, "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 92 del 21 aprile 1998 - Supplemento Ordinario n. 77 (Rettifica Gazz. Uff. n. 116 del 21 maggio 1997).

il Testo unico utilizzava il termine "patrimonio" e pur riproponendo la clausola aperta cara alla Commissione Franceschini[12] («testimonianza avente valore di civiltà»), il legislatore rimetteva solo alla legge la possibilità di stabilire se un bene potesse essere concretamente considerato come bene culturale o meno[13].

Successivamente, con il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, il d.lgs. 490/1999[14], il legislatore intese distinguere tra i beni oggetto di tutela diretta da parte dello Stato e i beni individuabili come meritevoli di tutela solo in un secondo momento, annoverando: tra i primi, i beni appartenenti al patrimonio storico, artistico, demo-etnoantropologico, archeologico, archivistico e librario (art. 2) e diverse categorie di beni speciali (art. 3); tra i secondi, i beni residuali (non ricompresi tra gli artt. 2 e 3 del T.u.).

Con precipuo riferimento alla nozione di "beni archivistici" il T.u. del 1999, riconducendo tale categoria al suddetto art. 2, elencava: gli archivi e i singoli documenti dello Stato; gli archivi e i singoli documenti degli Enti pubblici; gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati che rivestono notevole interesse storico (art. 2, comma 4). In sostanza, il legislatore escludeva dai beni archivistici culturali gran parte degli archivi privati, ovvero quelli di cui non fosse stato riconosciuto, con atto ufficiale dello Stato, il "notevole interesse storico".

Il Testo unico non portò a quell'auspicabile cessazione o rallentamento di produzione normativa in materia segnando, al contrario, un incremento della stessa culminato nel d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, che ha realizzato il riassetto della materia[15].

Ai sensi dell'art. 2 del Codice, i beni culturali consistono nelle cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11 della stessa normativa «(...) presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge».

Guardando all'art. 10, rubricato "Beni culturali", è facile osservare che gli archivi e i singoli documenti dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro istituto pubblico sono considerati dal Codice beni culturali ab origine, non necessitando di alcuna dichiarazione di interesse culturale prevista dall'art. 13 e, pertanto, restano assoggettati alla disciplina codicistica[16]. Diversamente, tale dichiarazione appare necessaria a qualificare come beni culturali gli archivi e i singoli documenti appartenenti a privati che rivestono interesse storico particolarmente importante. E invero, solo quando sia intervenuta tale dichiarazione ai sensi dell'10, comma 3, secondo l'iter delineato dagli artt. 13 e ss., tali beni sono assoggettati alla disciplina in esame.

Aspetto fondamentale del Codice in materia di archivi riguarda la consultabilità del patrimonio archivistico, di cui agli articoli 122-127 (Parte II-Beni culturali, Titolo II-Fruizione e valorizzazione, Capo III-Consultabilità dei documenti degli archivi e tutela della riservatezza).

Con l'art. 122, il legislatore dispone che «I documenti conservati negli archivi di Stato e negli archivi storici delle regioni degli altri enti pubblici territoriali nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico sono liberamente consultabili» (I comma). Se la norma sancisce il principio della libera consultabilità dei documenti conservati negli archivi statali e negli archivi storici degli enti pubblici territoriali, così come di ogni altro ente ed istituto pubblico, sulla scorta della vigente normativa in materia di accesso, le eccezioni al principio riguardano determinate categorie di documenti[17]. Il terzo comma della norma in parola assoggetta alla disciplina di cui al primo comma anche gli archivi e i documenti di proprietà privata depositati negli archivi di Stato[18] e negli archivi storici

[12] La Dichiarazione I della Commissione, superando la concezione estetizzante proposta dalla legge del 1939, definiva il bene culturale come «ogni testimonianza materiale avente valore di civiltà» con una interpretazione storicistica del concetto di bene culturale.

[13] Cofrancesco, G., *I beni culturali, profili di diritto comparato ed internazionale*, I.P.Z.S., 1999, 17.

[14] Decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352 (Gazz.Uff. n. 302 del 27 dicembre 1999, s.o. n. 229, abrogato dall'articolo 184, comma 1, decimo trattino, decreto legislativo n. 42 del 2004).

[15] Anche detto Codice Urbani, dal Ministro proponente, entrato in vigore il 1 maggio 2004.

[16] Anche per le cose di cui all'art. 10, comma 1, il Codice ha previsto, ai sensi del successivo articolo 12, l'accertamento specifico dell'interesse storico-artistico del bene.

[17] E in particolare: i documenti dichiarati di carattere riservato, ai sensi dell'articolo 125 del Codice, relativi alla politica estera o interna dello Stato, consultabili solo cinquanta anni dopo la loro datazione. Per tali documenti il Codice prevede, all'art. 125 (rubricato "Declaratoria di riservatezza"), che l'accertamento dell'esistenza e della natura degli atti non liberamente consultabili indicati agli articoli 122 e 127 sia effettuato dal Ministero dell'interno, d'intesa con il Ministero dei beni e delle attività culturali; i documenti contenenti i dati sensibili nonché i dati relativi a provvedimenti di natura penale espressamente indicati dalla normativa in materia di trattamento dei dati personali, consultabili solo quaranta anni dopo la loro datazione ovvero settant'anni dopo qualora i dati siano idonei a rivelare lo stato di salute, la vita sessuale o rapporti riservati di tipo familiare.

[18] Gli Archivi di Stato sono presenti in ogni città capoluogo di provincia, per un totale di 100 sedi. Conservano, in molti casi in edifici di grande rilevanza storica e architettonica, gli archivi delle amministrazioni centrali e periferiche degli Stati preunitari e gli archivi delle amministrazioni periferiche dello Stato unitario, che vi sono versati trascorsi trenta anni dalla conclusione della pratica. Otto di essi sono uffici di livello dirigenziale non generale (Firenze, Milano, Napoli, Roma, Torino, Venezia, Bologna, Genova), i restanti sono diretti da funzionari. Le Sezioni di Archivio di Stato sono presenti in 33 città non capoluoghi di provincia, ove sono conservati rilevanti fondi archivistici relativi alla storia del territorio. Gli Archivi di Stato sono dotati di autonomia

degli enti pubblici, definendo condizioni e limiti della consultabilità dei documenti ivi conservati.

Con l'articolo successivo (123), il legislatore mitiga la disposizione del precedente articolo (122) nella parte in cui prevede la non consultabilità dei documenti dichiarati di carattere riservato, ai sensi del successivo articolo 125, relativi alla politica estera o interna dello Stato. Tali documenti diventano consultabili cinquanta anni dopo la loro datazione, secondo la seguente procedura: «il Ministro dell'interno, previo parere del direttore dell'Archivio di Stato competente e udita la commissione per le questioni inerenti alla consultabilità degli atti di archivio riservati, istituita presso il Ministero dell'interno, può autorizzare la consultazione, per scopi storici di documenti di carattere riservato conservati negli archivi di Stato anche prima della scadenza dei termini indicati nell'articolo 122, comma 1. L'autorizzazione è rilasciata, a parità di condizioni, ad ogni richiedente. 2. I documenti per i quali è autorizzata la consultazione ai sensi del comma 1 conservano il loro carattere riservato e non possono essere ulteriormente utilizzati da altri soggetti senza la relativa autorizzazione». Alla stessa disciplina il comma 3 assoggetta «anche la consultazione per scopi storici di documenti di carattere riservato conservati negli archivi storici delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico. Il parere di cui al comma 1 è reso dal soprintendente archivistico».

Com'è facile osservare, con la norma in esame il legislatore – in un'ottica di bilanciamento degli interessi in gioco – ha inteso garantire la massima consultabilità dei documenti, anche se coperti da segreto e prima della scadenza dei termini stabiliti dall'art. 122.

L'art. 124 disciplina, poi, la consultabilità a scopi storici degli archivi correnti: ferma la vigente normativa in materia di accesso agli atti della p.a., lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stabiliscono e regolano la consultazione a scopi storici dei propri archivi correnti e di deposito, sulla base degli indirizzi generali stabiliti dal Ministero competente.

Proseguendo, sulla scia del d.lgs. n. 196/2003 (c.d. Codice della privacy), all'art. 126 il legislatore si preoccupa di proteggere i dati personali contenuti nei documenti. In particolare, al terzo comma la norma dispone che «La consultazione per scopi storici dei documenti contenenti dati personali è assoggettata anche alle disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta previsto dalla normativa in materia di trattamento dei dati personali».

La parte II del Codice si chiude con una norma (127) che disciplina la consultabilità degli archivi privati i quali, lo si ricorda, costituiscono oggetto del Codice solo in quanto sia intervenuta la dichiarazione di interesse di cui all'art. 13 del medesimo testo normativo.

Tanto premesso in materia di consultabilità del patrimonio archivistico, vale la pena analizzare gli obblighi prescritti dal Codice per gli enti ed istituti pubblici nei confronti dei propri archivi, i quali: devono essere ordinati (art. 30, comma 4) e conservati correttamente in sicurezza (art. 30, comma 1) e senza danni (art. 20, comma 1), nel rispetto dell'integrità dei medesimi (art. 20, comma 2) e della loro organicità (art. 30, comma 4); devono essere curati con idonea manutenzione (art. 29, comma 3) e restaurati, se necessario (art. 29, comma 4) e ove possibile; non devono essere smembrati (art. 20, comma 2, come modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006); in ogni caso, non devono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi incompatibili con il proprio carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione (art. 20, comma 1).

Sebbene nelle operazioni di creazione e di ordinamento dei propri archivi, gli enti si giovino della propria autonomia organizzativa, questi sono altresì tenuti ad utilizzare determinati strumenti indicati dalla legge. E in particolare: la registrazione di protocollo[19]; la posta elettronica certificata (PEC), introdotta per le aziende, per i liberi professionisti e per le pubbliche amministrazioni dall'art. 16 della legge 28 gennaio 2009; la classificazione, ai sensi dell'art. 64, comma 4, del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (Gazz. Uff. 20 febbraio 2001, c.d. Testo unico sulla documentazione amministrativa) che consente di collegare ogni documento al fascicolo cui il medesimo dev'essere assegnato e ai relativi procedimenti[20]; il repertorio dei fascicoli, che consiste nell'elenco siste-

tecnico-scientifica e svolgono funzioni di tutela e valorizzazione dei beni archivistici in loro consegna, assicurandone la pubblica fruizione, nonché funzioni di tutela degli archivi, correnti e di deposito, dello Stato; in *www.archivi.beniculturali.it.*

[19] Com'è noto, il registro di protocollo è un atto pubblico dotato di fede privilegiata, che serve ad accertare l'esistenza dei documenti e ad attribuire data certa alla loro spedizione o ricezione, o per la creazione di atti interni. Accanto alla funzione di garanzia giuridica, il protocollo adempie a molteplici funzioni gestionali, come la registrazione dell'ufficio di assegnazione e del nome del responsabile del procedimento. Contestuale alla protocollazione è la segnatura del documento ai sensi dell'art. 55 del d.P.R. n. 445/2000, effettuata con timbro se il supporto è cartaceo ovvero con l'associazione al documento elettronico dei suoi dati di registrazione. Il protocollo utilizza un'unica sequenza numerica, rinnovata ad ogni anno solare. Onde avere rilevanza giuridica, il protocollo dev'essere formalmente istituito e disciplinato dall'ente.

[20] La classificazione testimonia quali documenti siano stati acquisiti e prodotti nel corso di ciascuna attività amministrativa; evidenzia il vincolo tra tutte le unità archivistiche e l'archivio; guida la stratificazione dei documenti e dei fascicoli secondo uno schema gerarchico di titoli, classi e sottoclassi connesso alle funzioni esercitate nelle materie di competenza cosiddetto "titolario" o "piano di classificazione"; facilita la gestione dei tempi di conservazione e delle modalità di accesso dei fascicoli. Ai sensi dell'art. 56 del d.P.R. n. 445/2000 la classificazione è necessaria per la corretta tenuta del sistema di gestione informatica dei documenti.

matico dei fascicoli istituiti nel corso dell'anno nelle classificazioni terminali; il Servizio per la tenuta del protocollo informatico, della gestione dei flussi documentali e degli archivi (artt. 53, 55, 56 e 61 del d.p.r. n. 445/2000)[21].

Con riguardo alla conservazione dei documenti e alle operazioni di scarto, giova osservare che sebbene all'ente pubblico non siano applicabili le norme civilistiche in materia di conservazione delle scritture contabili e amministrative – ed in particolare l'art. 2220 c.c., che prevede l'obbligo per l'imprenditore commerciale di conservare tali scritture per il termine di 10 anni – le operazioni di scarto di documenti degli archivi pubblici (nonché degli archivi privati per i quali sia intervenuta la dichiarazione d'interesse di cui all'art. 13 del Codice), devono essere autorizzate dalla Soprintendenza archivistica ai sensi dell'art. 21, comma 1 lett. d) del Codice.

Le effettive modalità di deliberazione o determinazione dello scarto da parte dell'ente sono fissate dall'istituto nell'ambito della propria potestà di autoregolamentazione; in ogni caso, l'istituto deve garantire l'effettiva distruzione degli atti di cui venga autorizzato lo scarto da parte della Soprintendenza. Tuttavia, occorre precisare che, pur in presenza dell'autorizzazione da parte della Soprintendenza, non cessa la responsabilità dell'ente di accertare, caso per caso, il venir meno dell'utilità amministrativa anche al di là di quanto astrattamente previsto, in linea generale, dal piano di conservazione e scarto. Tant'è che la proposta di scarto, in linea con il generale obbligo di motivazione di cui all'art 3 della legge generale sul procedimento amministrativo (legge 14 agosto 1990, n. 241, e successive modiche ed integrazioni, in Gazz. Uff. 192 del 18 agosto 1990), deve sempre essere motivata.

Il criterio fondamentale della selezione risiede nell'esigenza di salvare, a scopi giuridico-amministrativi e per finalità storiche, la testimonianza essenziale delle funzioni istituzionali svolte.

Con riguardo alle operazioni di trasferimento dei documenti dall'archivio corrente a quello di deposito di fascicoli relativi a procedimenti conclusi, il soggetto responsabile del Servizio per la tenuta del protocollo informatico, della gestione dei flussi documentali e degli archivi provvede ad effettuare tale trasferimento (ai sensi dell'art. 67, commi 1e 3, del d.P.R. 445/2000), redigendo e conservando gli elenchi dei fascicoli e delle serie trasferite nel rispetto dell'organizzazione che i fascicoli e le serie avevano nell'archivio corrente (principio a tutela della salvaguardia dell'integrità e coerenza dell'archivio, nonché dell'utilizzabilità degli strumenti originari di accesso).

Come di diceva poco sopra, sull'osservanza della normativa in materia di corretta tenuta degli archivi degli enti pubblici vigila, ai sensi dell'art. 18 del Codice, la Soprintendenza Archivistica, organo periferico del Mibact. Ai sensi del successivo art. 19 la Soprintendenza può procedere in ogni tempo, con preavviso non inferiore a cinque anni, fatti salvi i casi di estrema urgenza, ad ispezioni volte ad accertare l'esistenza o lo stato di conservazione o custodia dei beni culturali. Pertanto, effettua ispezioni per accertare lo stato di conservazione e di custodia degli archivi e verificare l'osservanza dell'obbligo di ordinare i propri archivi (corrente, di deposito e storico) e fornisce assistenza all'ente nella formazione dei piani (o massimari) di conservazione e scarto e dei quadri di classificazione dei documenti, nonché nella definizione delle procedure di protocollazione e archiviazione. Laddove accerti situazioni irregolari, pericolose o contrarie alle norme, emette prescrizioni per la tutela degli archivi, la cui inosservanza è punibile a norma dell'art. 650 del codice penale[22], rubricato "Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità", salvo che il fatto non costituisca più grave reato.

Eventualmente, poi, l'ente non provveda alla reintegrazione del danno provocato all'archivio interviene lo Stato, in ottemperanza al principio costituzionalistico di sussidiarietà, tramite un intervento sostitutivo a spese dell'ente. In caso di urgenza, infine, il Soprintendente può adottare immediatamente le misure conservative che ritenga necessarie.

Ancora, come previsto dall'art. 21 del Codice, commi 4 e 5, l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere sugli archivi (corrente, di deposito o storico) dell'ente è necessariamente subordinata ad autorizzazione preventiva da parte della Soprintendenza, rilasciata sulla base di un progetto o di una descrizione tecnica dell'intervento, con la facoltà di prescrivere eventuali modifiche o prescrizioni all'intervento

[21] Ai sensi dell'art. 61, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 445/2000, il servizio per la tenuta del protocollo informatico, della gestione dei flussi documentali e degli archivi garantisce la coerenza del funzionamento del sistema archivistico. Tale servizio: elabora e aggiorna il piano di conservazione degli archivi, integrato con il sistema di classificazione; definisce i criteri di organizzazione dell'archivio, di formazione dei fascicoli e delle serie, di selezione periodica e di conservazione permanente *ex* art. 68 d.P.R. 445/2000; produce il manuale di gestione dell'archivio ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 5 del d.P.C.M. del 31 ottobre 2000; manuale che deve necessariamente tener conto delle particolarità organizzative dell'Ente, che possono variare in relazione a molti fattori, come la dimensione e la complessità della struttura burocratica, pure all'interno della stessa tipologia. Anche con riguardo a tale obbligo (produzione del manuale di gestione dell'archivio), così come per l'istituzione della sezione separata di archivio di cui si dirà *infra*, è diffusa la prassi negativa degli enti ed istituti pubblici a ciò tenuti di non adempiervi.

[22] L'art. 650 c.p. reca, testualmente, «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato [337, 338, 389, 509], con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro».

richiesto. Ai sensi dello stesso articolo, comma 1, lett. e) anche per «il trasferimento ad altre persone giuridiche di complessi organici di documentazione di archivi pubblici, nonché di archivi privati per i quali sia intervenuta la dichiarazione di cui ai sensi dell'art. 13» occorre l'autorizzazione preventiva della Soprintendenza archivistica[23].

La violazione di tali obblighi è punita con la nullità. Come recita l'art. 164 del Codice: «Le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte sono nulli». In ogni caso, per le opere illecite il Codice prevede, all'art. 169, la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, con ammenda da euro 775 ad euro 38.734,50.

Su tale sfondo si pone il peculiare obbligo – su cui vale la pena soffermarsi – sancito dall'art. 30, comma 4, secondo periodo, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, per gli enti ed istituti pubblici in materia di archivi storici: l'istituzione e la gestione della sezione separata di archivio.

Partendo dal Testo unico sulla documentazione amministrativa, il citato d.P.R. 445/2000, all'art. 69, rubricato "Archivi storici", prevede che: «I documenti selezionati per la conservazione permanente sono trasferiti contestualmente agli strumenti che ne garantiscono l'accesso, negli Archivi di Stato competenti per territorio o nella separata sezione di archivio secondo quanto previsto dalle vigenti disposizioni in materia di tutela dei beni culturali».

La disposizione rimanda espressamente al Codice dei beni culturali, ed in particolare all'art. 30. Dal combinato disposto dei commi 1 e 4, secondo periodo, della norma richiamata si evince che lo Stato, gli enti pubblici e gli istituti pubblici hanno l'obbligo di inventariare i propri archivi storici, costituiti dai documenti relativi agli affari esauriti da oltre quaranta anni, ed istituirli in sezioni separate d'archivio.

La ratio sottesa alla previsione normativa risiede – evidentemente – nella tutela della memoria racchiusa in un patrimonio documentario che per la sua storicità abbisogna di una organizzazione e gestione peculiari, che implicano competenze specifiche ed altamente tecniche non comuni a tutti gli operatori del settore[24].

In tal senso, in ottemperanza al principio di sussidiarietà verticale, all'art. 43 il Codice prevede, tra le altre misure di conservazione dei beni culturali, l'istituto della custodia coattiva. La norma dispone infatti che: «1. Il Ministero ha facoltà di far trasportare e temporaneamente custodire in pubblici istituti i beni culturali mobili al fine di garantire la sicurezza o assicurarne la conservazione ai sensi dell'art. 29, comma 1-*bis*. Il Ministero, su proposta del soprintendente archivistico, ha facoltà di disporre il deposito coattivo, negli archivi di Stato competenti, delle sezioni separate di archivio di cui all'art. 30, comma 4, secondo periodo, ovvero di quella parte degli archivi degli enti pubblici che avrebbero dovuto costituirne sezione separata. In alternativa, il Ministero può stabilire, su proposta del soprintendente archivistico, l'istituzione della sezione separata presso l'ente inadempiente. Gli oneri derivanti dall'attuazione dei provvedimenti di cui al presente comma sono a carico dell'ente pubblico cui l'archivio pertiene. Dall'attuazione del presente comma non devono, comunque, derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

Lo Stato, dunque, può stabilire – previa proposta del Soprintendente archivistico e senza oneri a carico delle proprie finanze – l'istituzione della sezione separata presso l'ente o l'istituto pubblico che risulti inadempiente nei confronti dell'obbligo sancito dal suddetto art. 30, comma 4.

In altre parole, ferme restando le disposizioni sanzionatorie di cui agli artt. 160 e ss. del Codice, qualora l'ente non ottemperi alla prescrizione normativa di cui alla norma in parola, lo Stato potrà procedere con la misura conservativa della "istituzione forzata" della sezione separata d'archivio di cui al citato art. 43.

Pertanto, se prima facie l'obbligo di cui all'art. 30, comma 4, secondo periodo potrebbe sembrare una prescrizione "in bianco", l'inottemperanza dell'ente all'ordine impartito dall'Autorità preposta alla tutela dei beni culturali sottopone l'istituzione alle pene previste dall'art. 650 c.p. (arresto e ammenda), salvo che il fatto non costituisca più grave reato.

Analizzato brevemente l'obbligo di cui all'art. 30 – che mira evidentemente a preservare un patrimonio archivistico che incarna un *corpus* di memorie che non può andare a confondersi con gli affari correnti, né tantomeno può andare disperso – in ottemperanza alla vigente normativa in materia, il Conservatorio di Napoli San Pietro a Majella è, ad oggi, l'unico Istituto musicale italiano ad aver istituito la sezione separata dell'archivio storico.

Istituto di Alta Formazione Artistica e Musicale che vanta ben cinque secoli di formazione artistica e musicale, il San Pietro a Majella è l'ente depositario di un archivio storico che rappresenta un unicum non solo per il mondo musicale e che, come tale, merita di essere salvaguardato. Ciò in quanto le vicende del patrimonio archivistico riflettono una storia complessa, nata dalla graduale e travagliata fusione di tre distinte Istituzioni (i tre antichi Conservatori cinquecente-

[23] Diversamente, lo spostamento degli archivi correnti dello Stato e degli enti ed istituti pubblici non è soggetto ad autorizzazione, ma comporta l'obbligo di comunicazione al Ministero per le finalità di cui all'articolo 18 (vigilanza).

[24] Le operazioni di sistemazione definitiva della parte storica dell'archivio cosiddette di riordinamento, in quanto particolarmente delicate, vanno affidate a personale, eventualmente anche esterno all'Ente, dotato della adeguata professionalità specifica (personale in possesso del diploma di archivistica, paleografia e diplomatica rilasciato dalle omonime scuole istituite presso 17 Archivi di Stato, ovvero titolo equipollente. V: Carassi, M.).

schi, nati come istituti caritatevoli, di Santa Maria di Loreto, Sant'Onofrio a Capuana e Santa Maria della Pietà dei Turchini) nell'attuale organismo. Pertanto, gli archivi aggregati dei tre distinti soggetti produttori vanno ad affiancare l'archivio del San Pietro a Majella[25].

Ubicato fisicamente al secondo piano della sede dell'Istituto[26], l'archivio storico del Conservatorio napoletano afferisce alle pratiche esaurite da oltre quarant'anni ed è istituito in una sezione separata d'archivio, consultabile ai sensi del proprio regolamento interno[27].

Invero, già dal 2002 in via sperimentale, la sala consultazione dell'archivio storico del Conservatorio napoletano ha spalancato le sue porte alla comunità scientifica e ai numerosi studiosi che per interessi storici sollecitavano, da anni, la possibilità di studiarne la documentazione. In tal modo, parte del prezioso patrimonio ivi conservato è ora accessibile: in particolare, i fondi dei tre antichi conservatori cinquecenteschi ormai schedati e riordinati con cura (al termine delle operazioni di censimento e schedatura cominciate nei primi anni Duemila, l'archivio storico del Conservatorio napoletano si presenta articolato in due sezioni: la sezione denominata "Antichi Conservatori", che custodisce gli archivi aggregati del Real Conservatorio di Santa Maria di Loreto, 1537-1807; del Real Conservatorio di Sant'Onofrio a Capuana, 1578-1797 e del Real Conservatorio di Santa Maria della Pietà dei Turchini, 1583-1807; la sezione che conserva l'archivio del Conservatorio San Pietro a Majella, con documenti che vanno dal 1807 al 1960 circa)[28].

L'archivio storico del San Pietro a Majella, che custodisce le memorie della gloriosa scuola napoletana, rappresenta dunque – al netto della complessità delle vicende brevemente descritte e delle sempre attuali difficoltà organizzative – un valido esempio di istituto pubblico in linea con quanto previsto dal Codice dei beni culturali in materia di archivi, ponendosi quale voce "fuori dal coro" rispetto alla diffusa prassi negativa di disapplicazione dell'obbligo sancito dal suddetto articolo 30. Tale prassi è infatti evidente tanto nelle istituzioni pubbliche, quanto nelle altre realtà a vario titolo presenti sul territorio regionale e nazionale: basti pensare – su tutti – ai progetti della sezione separata di archivio storico per la Camera di Commercio di Napoli[29] e per l'Ilva di Bagnoli [30], tristemente arenatisi.

Occorre dunque chiedersi per quali ragioni siffatta prescrizione – la cui inottemperanza, come si diceva poco sopra, è rigidamente sanzionata dal legislatore – venga impunemente disapplicata.

In primis, perché in un momento storico fortemente critico per la vita e il sovvenzionamento degli enti pubblici, ed in particolare delle istituzioni scolastiche, come i Conservatori di musica, la figura del referente dell'archivio storico non è prevista in organico; trattandosi, tuttavia, di una figura di fondamentale rilievo.

In secundis, perché l'istituzione di una sezione separata d'archivio implica necessariamente le operazioni tanto delicate quanto complesse di censimento dei documenti, riordino e schedatura del patrimonio archivistico: interventi che, per enti come quello napoletano, possono richiedere anche diversi anni e necessitare di mezzi e risorse di cui molti istituti non dispongono.

[25] Sull'affascinante storia degli antichi Conservatori napoletani vedasi: Florimo, F., *La scuola musicale di Napoli e i suoi Conservatori*, Morano, Napoli, 1881-1883, vol. II; Florimo, F., *Cenni storici sul collegio di musica di S. Pietro a Majella in Napoli*, Napoli, Ruocco, 1873; Di Giacomo, S., *I quattro antichi conservatorii musicali di Napoli*, Vol. I. *Il conservatorio di Sant'Onofrio a Capuana e quello di S. M. Della Pietà dei Turchini*; Vol. II, *Il conservatorio dei Poveri di Gesù Cristo e quello di S. M. di Loreto*, Milano, R. Sandron, 1928.

[26] Nel cuore della Napoli antica, sul fregio di marmo bianco che corona uno dei tanti imponenti portali che si susseguono nella teoria di palazzi del Decumano Maggiore, spiccano le parole: "Regio Conservatorio di Musica": ecco la sede del Conservatorio di musica di San Pietro a Majella, in Via San Pietro a Majella, 35, Napoli.

[27] Regolamento di consultazione a cura del Referente d'Archivio, Dott.ssa Tommasina Boccia. Di recente, il Consiglio accademico del Conservatorio napoletano ha anche approvato il regolamento dell'archivio storico che disciplina, su base annuale, le operazioni di versamento dei documenti da parte degli altri uffici dell'Istituto musicale all'archivio storico.

[28] Per un'ampia panoramica vedasi: Boccia, T., *L'archivio storico del Conservatorio di musica S. Pietro a Majella di Napoli: i fondi amministrativo e didattico, in Musica e musicisti a Napoli, Atti del convegno internazionale Napoli 21-23 maggio 2009*, (a cura di Pier Paolo De Martino e Daniela Margoni Tortora), Istituto italiano per gli Studi filosofici, Napoli, 2012.

[29] Con riguardo alla Camera di Commercio napoletana, il Regolamento per il funzionamento dell'archivio dell'Ente approvato dalla Giunta risalente al 1965, all'art. 18 già disponeva l'istituzione della sezione separata di archivio, ma contestualmente rinviava «(...) l'applicazione delle norme relative all'archivio e protocollo unici» alla possibilità di «disporre di locali e delle attrezzature necessarie alle centralizzazione dei detti servizi»; un rinvio che nonostante gli interventi che hanno interessato il patrimonio archivistico nei primi anni Duemila (operazioni di censimento, recupero e riordino, schedatura e studi di fattibilità), dura tutt'ora. Vedasi: *La formazione, l'istituzione dell'archivio storico e gli interventi di ordinamento e conservazione*, in *www.na.camcom.it.*

[30] L'archivio generale dello stabilimento Ilva di Bagnoli è stato oggetto tra gli anni Ottanta e Novanta di un intervento di riordinamento da parte di un gruppo di lavoro della Soprintendenza Archivistica per la Campania, i cui risultati sono stati pubblicati in: M.R. Strazzullo, *L'archivio Ilva di Bagnoli: Una fabbrica tra passato e presente*, Napoli. Tra gli anni 2002 e 2003 è stato condotto un ulteriore intervento, realizzando – sulla base di un progetto sviluppato dalla Soprintendenza Archivistica per la Campania – il censimento descrittivo dell'intero patrimonio documentario ed il riordinamento di alcune serie archivistiche, i cui risultati sono stati pubblicati in: Boccia, T., Damiani, C., *L'Archivio Ilva di Bagnoli*, in *Imprese e Storia*, 27/2003. Cfr: *siusa.archivi.beniculturali.it.*

Da ultimo, ma non ultima, è forse la ragione più importante da cui deriva l'inosservanza della prescrizione normativa, che risiede nella mancanza di volontà da parte delle pachidermiche istituzioni pubbliche di ottemperare ad un obbligo che, per quanto di difficile attuazione, dev'essere necessariamente letto nel senso di tutela della memoria storica di tali istituti; memoria quale essenza stessa della società civile.

Concludendo, sarebbe auspicabile – da un lato – uno sforzo in tal senso da parte degli enti e degli istituti pubblici tenuti per legge ad istituire e gestire separatamente la sezione di archivio storico, e – dall'altro – maggiori controlli dello Stato sull'osservanza di tale obbligo, nonché un intervento del legislatore in materia che sia in grado di scongiurare siffatta deprecabile prassi.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

Disposizioni integrative e correttive introdotte dal d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129: superate le criticità della riforma del 2014? 1490
di Valeria Bove

"Fatta la legge trovato l'inganno". Il decreto correttivo del Jobs Act: la tracciabilità dei voucher come rimedio al proliferare del lavoro "nero" che si voleva contrastare 1499
di Matilde Pezzullo

Valeria Bove
Giudice del Tribunale di Napoli

Disposizioni integrative e correttive introdotte dal d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129: superate le criticità della riforma del 2014?

abstract

The decree n. 129 of June 23rd, 2016 was published on Gazzetta Ufficiale of the Italian Republic on July 14th, 2016 and it came into force on July 29th, 2016. It introduced some significant innovations to correct and change the decree n. 32 of March 4th, 2016 that had put into effect 2010/64/UE directive concerning right of interpretation and translation in criminal trials. The Author reviews main statutory rules about the issue and puts the new rules in comparison with the previous ones. Likely consequences are highlighted, in particular as for procedural implications coming from the introduction of newly rules of law. Furthermore, the Author considers if critical issues coming from reform enacted in 2014 have been solved. Finally, the Author evaluates if targets of flexibility and rationalization have been achieved mostly by reconciling such requirements with full safeguard of individual claim to be assisted by the interpreter in a due process of law settled by Italian constitution.

keywords

Interpretation and translation in criminal trial – Critical issues – Flexibility and rationalization of criminal trials fees – Right to defense and due process of law.

abstract

Con il d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129, pubblicato su G.U. n. 163 del 14 luglio 2016 ed entrato in vigore il 29 luglio 2016, sono state introdotte alcune disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, che aveva dato attuazione alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

L'autrice, nel ripercorrere gli interventi normativi in materia, analizza le nuove disposizioni in rapporto con le previgenti, e si interroga sulle ricadute processuali dei correttivi introdotti, sul superamento delle criticità della riforma del 2014, sull'effettivo conseguimento degli obiettivi di elasticità e razionalizzazione prefissati e sul contemperamento tra tali esigenze ed il pieno rispetto del diritto individuale all'assistenza dell'interprete, espressione, come tale, dei diritti, costituzionalmente garantiti, di difesa e al giusto processo.

parole chiave

Interpretazione e traduzione nei procedimenti penali – Criticità della riforma – Elasticità e razionalizzazione delle spese del processo penale – Diritti di difesa e al giusto processo.

sommario

1. L'ambito normativo di riferimento. – **2.** Le criticità della riforma del 2014. – **3.** Le integrazioni e le correzioni di recente adozione. – **4.** Conclusioni. – **5.** Norme di riferimento.

1. L'ambito normativo di riferimento

Il 29 luglio 2016 è entrato in vigore il d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129 (pubblicato su GU n.163 del 14 luglio 2016) con il quale sono state introdotte modifiche al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 (entrato in vigore il 2 aprile 2014), che aveva dato attuazione nell'ordinamento nazionale alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

Il decreto in esame è stato adottato sulla base della delega contenuta all'art. 31 comma 5 della legge n. 234 del 2012 ("Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della norma-

tiva e delle politiche dell'Unione europea"), che consente l'adozione di disposizioni integrative o correttive entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di un decreto legislativo che dia attuazione alla normativa europea e che, nel caso di specie, è il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32.

Ebbene, per valutare la portata (più o meno) innovativa del decreto legislativo n. 129 del 2016 e soprattutto per comprendere se e quali modifiche siano state apportate e se esse abbiano superato le criticità del d.lgs. n. 32 del 2014, occorre ricostruire, sia pur sinteticamente, il sistema normativo sul quale è intervenuta l'integrazione, partendo proprio dalla riforma del 2014.

È infatti con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, adottato sulla base della delega contenuta nella legge 6 agosto 2013, n. 96 ("Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013") che è stata recepita nell'ordinamento italiano la direttiva 2010/64/UE, che stabilisce norme (minime, essendo stati gli Stati membri invitati ad ampliare i diritti previsti al fine di assicurare un livello di tutela più elevato) relative al diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo.

A monte, dunque, il contenuto della direttiva che si fonda sull'art. 6 della CEDU, come interpretato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ed inteso quindi come diritto ad un giusto processo: essa disciplina il diritto fondamentale dell'imputato ad un'assistenza linguistica adeguata e gratuita[1], realizzabile ottenendo l'interpretazione delle comunicazioni orali (sia quelle tra imputato ed autorità procedente, che tra indagato e difensore) ed assicurando la traduzione scritta di tutti i documenti essenziali per l'esercizio dei diritti difensivi (ed in essi vanno ricompresi le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti l'imputazione e le sentenze, ma anche il mandato di arresto europeo).

Che cosa si intenda per assistenza linguistica adeguata è chiarito nel corpo della direttiva.

Al fine di rendere effettiva l'assistenza, la direttiva prevede che «gli Stati membri garantiscano la messa a disposizione di procedure o meccanismi allo scopo di accertare se indagati o imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se necessitano dell'assistenza di un interprete. Tale procedura o meccanismo implica che le autorità competenti si accertino opportunamente, anche consultando gli interessati, se gli indagati o gli imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se necessitano dell'assistenza di un interprete».

Una volta accertato che l'indagato o l'imputato non parlino e non comprendano la lingua del procedimento penale, a norma della direttiva, «l"interpretazione e la traduzione dovrebbero essere fornite nella lingua madre degli indagati o imputati o in qualsiasi altra lingua che questi parlano o comprendono, per consentire loro di esercitare appieno i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento».

Ciò non significa che sia indispensabile garantire la traduzione integrale dei documenti fondamentali, potendo anche essere omessi i passaggi non rilevanti, ma tanto sarà possibile su decisione, ricorribile, del giudice; è altresì prevista la facoltà di rinuncia, inequivocabile e volontaria, al diritto alla traduzione dei documenti, purché gli indagati abbiano beneficiato di una previa consulenza legale o abbiano comunque avuto una conoscenza piena del contenuto dell'atto e delle conseguenze di tale rinuncia.

È ammessa altresì, all'art. 3 paragrafo 7, la traduzione orale o con un riassunto, in luogo della traduzione scritta del documento fondamentale, sempre che ciò non pregiudichi l'equità del procedimento e purché se ne dia atto a verbale.

L'assistenza linguistica è inoltre gratuita e vanno rispettati margini minimi di qualità, richiedendosi che l'interpretazione (art. 2 paragrafo 8) e la traduzione (art. 3 paragrafo 9) siano di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento: venga cioè garantito che gli imputati (o indagati) siano a conoscenza delle accuse a loro carico, siano in grado di esercitare il diritto di difesa e possano contestare la qualità della traduzione (e l'autorità giudiziaria possa sostituire l'interprete quando la qualità dell'interpretazione sia considerata insufficiente per garantire il diritto a un processo equo).

Strumentale a ciò la prescrizione, per gli Stati membri, di istituire un unico registro oppure più registri di traduttori ed interpreti indipendenti e qualificati, che siano a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti.

La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano alcuni mesi dopo il termine (fissato al 27 ottobre 2013), attraverso il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, con il quale sono state introdotte modifiche al codice di procedura penale, alle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale ed al testo unico sulle spese di giustizia.

Quanto alle modiche al codice di procedura penale è stato, da un lato, riscritto l'art. 143 c.p.p. (inserendo una serie di precetti che si sono aggiunti alle prescrizioni già presenti e con i quali sono state recepite le indicazioni contenute nella direttiva) ed in tale articolo (inizialmente rubricato "nomina dell'interprete" e quindi, a seguito della riforma, "Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali") è stato previsto

[1] Così la direttiva sul punto: «…assicurare un'assistenza linguistica adeguata e gratuita, consentendo a indagati o imputati che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale di esercitare appieno i loro diritti della difesa e tutelare l'equità del procedimento».

(ed in ciò "il diritto all'interpretazione") che il diritto di farsi assistere da un interprete venga assicurato anche al fine di seguire lo svolgimento delle udienze cui l'imputato partecipa ed è stato stabilito che l'assistenza gratuita di un interprete venga assicurata anche per le comunicazioni con il difensore, prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento, in ciò recependo la direttiva europea nella parte in cui prevede un'assistenza linguistica adeguata e gratuita, realizzabile ottenendo l'interpretazione delle comunicazioni orali anche tra indagato e difensore.

Quanto al "diritto alla traduzione", il nuovo articolo 143 c.p.p., al comma 2, ha poi individuato espressamente una serie di atti per i quali la traduzione scritta (e necessariamente integrale), entro un termine congruo, è da ritenersi obbligatoria (si tratta dell'informazione di garanzia, dell'informazione sui diritti di difesa, dei provvedimenti applicativi di misure cautelari, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna) ed ha previsto, al comma 3, la possibilità per il giudice, d'ufficio, ma anche su richiesta di parte, di disporre la traduzione gratuita (in questo caso integrale, ma anche parziale) di altri atti (diversi dunque da quelli dettagliatamente elencati al comma 2), che siano ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico. In queste ipotesi, il giudice decide con decreto motivato, impugnabile non immediatamente ma unitamente alla sentenza. Quanto poi all'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana, è stato previsto che esso possa essere compiuto direttamente dall'autorità giudiziaria.

Con l'inserimento del comma 4-*bis* nel corpo dell'art. 104 c.p.p. ("Colloqui del difensore con l'imputato in custodia") è stato previsto che l'imputato in stato di custodia cautelare, ma anche l'arrestato ed il fermato che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore (diritto all'interpretazione).

In tutti i casi contemplati dall'art. 143 c.p.p. – ed in ciò la modifica al testo unico sulle spese di giustizia – le spese per l'assistenza degli interpreti e dei traduttori rimangono a carico dello Stato e non sono dunque ripetibili.

La prescrizione, imposta nella direttiva agli Stati membri, di istituire un unico registro oppure più registri di traduttori ed interpreti indipendenti e qualificati, che siano a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti è stata assicurata attraverso la modifica di due disposizioni contenute nelle norme di attuazione al codice di rito. E così al comma 2 dell'art. 67 disp. att. c.p.p. è stato stabilito che nell'albo dei periti presso il tribunale sia prevista anche la categoria di esperti in interpretariato e traduzione e che l'albo dei periti venga formato (e revisionato) da un comitato (presieduto dal presidente del tribunale) cui partecipano, oltre al procuratore della Repubblica, al presidente del consiglio dell'ordine forense, al presidente dell'ordine e a quello del collegio, anche il presidente "delle associazioni rappresentative a livello nazionale delle professioni non regolamentate" (in questo senso il nuovo comma 1 dell'art. 68 disp. att. c.p.p.), tra le quali rientra allo stato (anche) quella degli esperti in interpretariato e traduzione. In tal modo, mediante la modifica delle disposizioni indicate, si è cercato di rafforzare la qualità dell'assistenza linguistica.

2. Le criticità della riforma del 2014

Il testo normativo approvato dal Governo nel 2014 presenta una serie di criticità che già nei primi commenti sono state evidenziate.

A fronte di un dato considerato dai più in termini favorevoli, ossia quello relativo all'integrale recepimento della direttiva nella parte in cui all'art. 4 sancisce che i costi del servizio di assistenza linguistica sono a carico dello Stato, a prescindere dall'esito del procedimento (e dunque anche in caso di condanna) e dalle condizioni economiche dell'alloglotta, sono sorte subito una serie di questioni, alcune delle quali appaiono decisamente critiche, sia perché espressione, talvolta, di un eccesso di delega, sia perché indici, il più delle volte, di inattuazione della direttiva.

Una delle prime questioni, risolta in senso sostanzialmente positivo, riguardava l'ambito di applicazione dell'art. 143 c.p.p., tenuto conto che la norma riformata usa esclusivamente il termine "imputato": già nella relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione e poi nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza, si è ritenuto che la norma fosse riferibile anche all'indagato alloglotta e, di conseguenza, alle indagini preliminari; parimenti si è affermato, pur con qualche perplessità, che essa potesse estendersi anche al procedimento di esecuzione[2]. Problemi, invece, sorgono con riferimento all'applicazione delle garanzie ex art. 143 c.p.p. nelle procedure di mandato di arresto europeo e di estradizione, a meno di non ritenere che il rinvio contenuto nella legge n. 69 del 2005 sul mandato di arresto europeo alle norme del codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali, si estenda anche all'art. 143 c.p.p., evitandosi, con un'interpretazione estensiva in tal senso, la violazione della direttiva, che espressamente prevedere il dovere di tradurre il mandato di arresto europeo[3].

[2] A. Cocomello - A. Corbo, *Rel. N. III/05/2014 – Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali",* Roma, 31.03.2014. Gli autori appaiono sicuramente favorevoli all'estensione della normativa alla fase delle indagini preliminari; quanto al procedimento di esecuzione, evidenziano sia le ragioni che porterebbero ad applicare le norme anche a questa fase, sia quelle di segno contrario, fondate su un'interpretazione letterale della direttiva comunitaria.

[3] A. Cocomello - A. Corbo, *Rel. N. III/05/2014 – Novità legi-*

Tuttora divergenti gli orientamenti sulle conseguenze in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 143 c.p.p., in considerazione del fatto che il d.lgs. non prevede alcun tipo di sanzione qualora gli atti siano stati posti in essere in violazione del diritto all'interprete o qualora sia stata omessa del tutto la traduzione. Sul punto si registra, da un lato, l'orientamento secondo cui si tratterebbe di una nullità a regime intermedio, ai sensi degli art. 178 lett. c) e 180 c.p.p., la cui deducibilità è soggetta a precisi termini di decadenza[4] ed è suscettibile di sanatoria[5]; dall'altro, l'orientamento che tende ad escludere che la violazione degli articoli 143 e 104 comma 4-*bis* c.p.p. costituisca una nullità *ex* art. 178 co. 1 lett c) c.p.p.[6], costituendo essa una irregolarità che incide non sulla perfezione o sulla validità dell'atto[7], ma sulla sua efficacia, in tal modo ammettendosi la possibilità di disporre anche successivamente la traduzione (e la decorrenza di ogni effetto dalla traduzione dell'atto).

Più di recente, si è affermato, con riferimento all'applicazione di una misura cautelare personale (e dunque in relazione ad un atto per il quale la traduzione è obbligatoria[8]) nei confronti di un cittadino straniero che non è in grado di comprendere la lingua italiana, ed aderendo così al primo orientamento, che «l'omessa traduzione del provvedimento determina la sua nullità (a regime intermedio) solo se la predetta circostanza era già nota al momento dell'emissione del titolo cautelare; laddove invece la mancata conoscenza della lingua italiana emerga nel corso dell'interrogatorio di garanzia, tale situazione va equiparata a quella di assoluto impedimento regolata dall'art. 294, secondo comma, cod. proc. pen., sicché il giudice deve disporre la traduzione del provvedimento coercitivo in un termine congruo, ed il termine per l'interrogatorio decorre nuovamente dalla data di deposito della traduzione, con la conseguente perdita di efficacia della misura in caso di omesso interrogatorio entro il termine predetto, ovvero di traduzione disposta o effettuata in un termine "incongruo"[9]».

Non sembra determinarsi alcuna nullità, neanche dopo la riforma, nelle ipotesi in cui si proceda alla convalida dell'arresto e non venisse reperito un interprete: nel silenzio del legislatore sul punto, appare ancora valido l'orientamento della Suprema Corte che ha riconosciuto come tale situazione costituisca una causa di forza maggiore in relazione all'interrogatorio e che, come tale, non impedisce la decisione del giudice sulla convalida[10].

Se ciò vale con riguardo ai rimedi offerti dall'ordinamento (*rectius*: dalla giurisprudenza) in caso di mancata osservanza delle disposizioni contenute nel nuovo art. 143 c.p.p., molteplici appaiono i difetti di adeguamento alla direttiva e, dunque, la sua inattuazione.

Si è affermato che la parte più deludente della riforma sia proprio quella relativa alla "qualità dei servizi di interpretazione e traduzione", che avrebbe potuto essere garantita, come dimostrato a livello internazionale, solo da un "interprete\traduttore professionale", ossia da un soggetto che avesse seguito un percorso di formazione e fosse "accreditato, inserito in un registro ufficiale e vincolato al rispetto del codice etico"[11]. Ciò

slative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", cit.

[4] In questo senso sez. U, sentenza n. 39298 del 26 settembre 2006 Ud. (dep. 28 novembre 2006) Rv. 234835, secondo cui: «L'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in una lingua nota all'indagato, che non comprenda la lingua italiana, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio che non può essere dedotta a seguito della scelta del giudizio abbreviato, in quanto la richiesta del rito speciale opera un effetto sanante della nullità ai sensi dell'art. 183 cod. proc. pen.».

[5] In questo senso sez. U, sentenza n. 12 del 31 maggio 2000 Ud. (dep. 23 giugno 2000) Rv. 216259, relativamente al decreto di citazione a giudizio, la cui omessa traduzione resta sanata dalla comparizione della parte.

[6] In questo senso, sez. 1, sentenza n. 30127 del 24 giugno 2015 Cc. (dep. 13 luglio 2015) Rv. 264488, così massimata sul punto: «In tema di nomina di interprete per conferire con il difensore, la violazione degli artt. 104, comma quarto-*bis*, e 143 cod. proc. pen. può configurare una nullità *ex* art. 178, comma primo, lettera c), cod. proc. pen. solo se determina un'effettiva lesione del diritto di assistenza dell'imputato, il quale ha l'onere di precisare il pregiudizio concretamente subito, allegando l'impossibilità di sviluppare argomenti o deduzioni, ovvero altra lacuna difensiva determinata dalla specifica carenza di informazione sul contenuto dell'accusa».

[7] Sez. 2, sentenza n. 2244 del 11 dicembre 2013 Cc. (dep. 20 gennaio 2014) Rv. 259422.

[8] Diversamente se l'atto non rientra tra quelli per i quali la traduzione è obbligatoria e se esso non esplica una funzione informativa in ordine alle "accuse" mosse al destinatario della misura cautelare, l'omessa traduzione dello stesso non determina alcuna nullità (cfr. sez. 2, sentenza n. 25673 del 04 maggio 2016 Cc. (dep. 20 giugno 2016) Rv. 267120 secondo cui: «L'omessa traduzione dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame in lingua comprensibile all'indagato alloglotta, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, non integra alcuna nullità, né con riferimento a tale atto, né con riferimento a quelli da questo dipendenti, poiché l'avviso in questione non è incluso nell'elenco degli atti per i quali l'art. 143, comma secondo, cod. proc. pen., come modificato da citato d.lgs., prevede l'obbligo di traduzione, né, in linea generale, esplica una funzione informativa in ordine alle "accuse" mosse al destinatario della misura cautelare».

[9] Sez. 3, sentenza n. 14990 del 18 febbraio 2015 Cc. (dep. 13 aprile 2015) Rv. 263236.

[10] Sez. 4, sentenza n. 4649 del 15 gennaio 2015 Cc. (dep. 30 gennaio 2015) Rv. 262034 secondo cui: «Anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2010/64/UE sull'assistenza linguistica, è legittima la convalida dell'arresto dello straniero alloglotta, senza che si sia previamente proceduto al suo interrogatorio per l'impossibilità di reperire tempestivamente un interprete, ricorrendo in tale eventualità un caso di forza maggiore che non impedisce la decisione del giudice sulla legittimità dell'operato della polizia giudiziaria».

[11] M. Gianluz, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva*

non è stato previsto[12], così come non è stato previsto che l'autorità giudiziaria sia tenuta, come accade nel caso del perito (art. 221 c.p.p.) a nominare uno degli interpreti iscritti all'albo[13], "con il risultato che si potrà tranquillamente aggirare l'albo e continuare a rivolgersi non ad esperti (quasi) professionisti, ma ai tradizionali "conoscitori della lingua""[14].

La qualità delle traduzioni non è stata assicurata neanche sotto un altro versante, laddove la direttiva indica come necessario il riconoscimento sia del diritto di impugnare le decisioni che ritengano superflua la traduzione di documenti, sia del diritto di contestare la traduzione effettuata. Non è stato previsto uno strumento di impugnazione che consenta di rimediare immediatamente (senza attendere la sentenza, ma per la sola traduzione facoltativa) alla decisione che rigetti ingiustificatamente o immotivatamente la richiesta di traduzione, né è stato previsto uno strumento di immediata reintegrazione per l'accusato che voglia ottenere quella traduzione.

Un ulteriore difetto di adeguamento si registra con la traduzione orale o per riassunto, che nella riscrittura dell'art. 143 c.p.p. non è stata contemplata, nonostante la direttiva stabilisca «la generalizzata possibilità di usufruire della traduzione orale o per riassunto»[15].

Per converso, eccessivamente ampio è stato ritenuto l'ambito oggettivo del diritto all'assistenza linguistica (sia in relazione alla tipologia degli atti per i quali la traduzione è obbligatoria, che in relazione al numero indeterminato e quindi potenzialmente illimitato dei colloqui con i difensori), senza che ciò fosse stato richiesto nella direttiva[16], e senza che sia ammessa la possibilità (nonostante l'indicazione in tal senso contenuta nella direttiva) di procedere a traduzione orale o riassuntiva, e – nei casi di atti a traduzione "obbligatoria" – parziale[17], con il rischio in tutte queste ipotesi di andare anche ad incidere eccessivamente sulle risorse economiche stanziate, tenuto conto che le spese in questione non sono ripetibili ma gravano tutte sullo Stato[18]; sotto altro profilo, si è detto che se, per un verso, sarebbe stato necessario inserire tra gli atti anche il mandato di arresto europeo, dall'altro, sarebbe stato opportuno assicurare che la traduzione e l'interpretazione avvenisse nella "lingua madre" degli indagati o imputati o in qualsiasi altra lingua da costoro parlata o compresa, evitando il ricorso, quasi automatico, alle "lingue veicolari" (inglese, francese, spagnolo) o comunque regolamentandone l'uso[19]. Tale risultato (ossia tradurre ed interpretare nella lingua madre dell'imputato) potrebbe tuttavia essere assicurato attingendo "alla finalità dell'intervento normativo ed alle disposizioni della direttiva", che espressamente la contemplano[20].

Egualmente, si rilevava, che non è stata riscritta la norma sulla ricusazione dell'interprete, sull'astensione né quella "sull'incompatibilità di ruolo", tra quello nominato d'ufficio e quello nominato dalla parte, o "sull'incompatibilità di funzione" tra l'interprete nominato in corso d'indagini preliminari e quello nominato dal giudice nel corso del giudizio[21].

---

sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2014; M. Bargis, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla Direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013.

[12] Parla di mancata attuazione della direttiva in punto di "reclutamento degli interpreti" S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive* in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2014.

[13] A. Cocomello - A. Corbo, *Rel. N. III/05/2014 – Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali",* op cit.

[14] M. Gianluz, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano,* op. cit.

[15] S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive,* op cit.

[16] Evidenziano tuttavia che su alcuni degli atti elencati (decreto di citazione a giudizio, decreto di giudizio immediato, avviso di conclusione delle indagini preliminari e avviso di fissazione dell'udienza preliminare) la giurisprudenza di legittimità si era già assestata, A. Cocomello - A. Corbo, *Rel. N. III/05/2014 – Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali",* op. cit.

[17] S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive,* op. cit.

[18] A. Cocomello - A. Corbo, *Rel. N. III/05/2014 – Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali",* Roma, 31 marzo 2014, con specifico riferimento ai colloqui tra la parte ed il suo difensore («Va osservato che la norma non prevede un numero massimo di colloqui né fornisce una tipizzazione delle attività difensive per le quali l'alloglotta ha diritto all'assistenza gratuita dell'interprete. Occorrerà quindi stabilire quali siano le richieste o memorie cui la norma fa riferimento poiché se nessun dubbio potrà ragionevolmente porsi per il colloquio al fine di redigere l'atto d'impugnazione o di avanzare richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare, molte altre memorie possono immaginarsi nel corso del procedimento ed il numero di colloqui assistiti dall'interprete potrebbe raggiungere un numero considerevole con notevole aggravio di costi»).

[19] M. Gianluz, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano,* op. cit.

[20] In questo senso, A. Cocomello - A. Corbo, *Rel. N. III/05/2014 – Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali",* cit.

[21] M. Gianluz, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano,* op. cit. Sul punto si veda tuttavia l'arresto delle Sezioni Unite (sez. u, sentenza n. 18268 del 24 febbraio 2011 Ud. (dep. 10 maggio 2011) Rv. 249483, secondo cui: «Sussiste incompatibilità con l'ufficio di interprete per il soggetto che, nello stesso procedimento, abbia

Infine, la mancanza di una disposizione transitoria. Il d.lgs. in esame non contiene alcuna norma di diritto intertemporale e ciò è stato risolto alla luce del generale principio del *tempus regit actum*: ne deriva che le prescrizioni previste dal nuovo art. 104 co. 4-*bis* c.p.p. e/o dall'art. 143 c.p.p., come anche le disposizioni relative agli albi e quelle sulle spese non più ripetibili devono ritenersi applicabili a decorrere dal 2 aprile 2014, ossia dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 32 del 2014.

3. Le integrazioni e le correzioni di recente adozione

L'intervento normativo effettuato con il d.lgs. n. 129 del 2016 persegue due finalità. Si legge infatti nella relazione illustrativa che le modifiche introdotte sono in primo luogo indirizzate a dettare regole per prevenire possibili strumentalizzazioni ed abusi all'esercizio del diritto all'assistenza dell'interprete, assicurandone al contempo l'effettività, come, a titolo esemplificativo, in occasione dei colloqui con il difensore. In secondo luogo, con esse si intende alleggerire le incombenze poste a carico dell'autorità procedente, con particolare rifermento agli adempimenti in tema di traduzione scritta degli atti e alle videoconferenze, attribuendo all'autorità giudiziaria un maggiore margine di decisione in relazione alle peculiarità del caso concreto.

Il decreto si compone di soli tre articoli.

Con l'art. 1 è stata introdotta una semplificazione nella disciplina del conferimento dell'incarico all'interprete ed al traduttore. Esso integra l'art. 146 c.p.p., aggiungendo un comma 2-*bis* che così recita: «quando l'interprete o il traduttore risiede nella circoscrizione di altro tribunale, l'autorità procedente, ove non ritenga di procedere personalmente, richiede al giudice per le indagini preliminari del luogo il compimento delle attività di cui ai commi precedenti», ossia l'identificazione, l'ammonimento o il conferimento dell'incarico.

Si vuole, con la modifica in esame, superare il disposto normativo precedente che imponeva alla autorità giudiziaria di conferire l'incarico all'assistente linguistico innanzi a sé, e ciò anche nelle ipotesi in cui questi risiedesse nella circoscrizione di altro tribunale. Non essendo consentito procedere per rogatoria, l'autorità giudiziaria procedente era tenuta a provvedere personalmente al conferimento dell'incarico.

Si osserva nella relazione illustrativa che la modifica in esame è stata introdotta per colmare un vuoto rispetto alla fase delle indagini preliminari, nella quale è invece consentito al pubblico ministero – a norma della disposizione generale di cui all'art. 370 c.p.p. – delegare (anche con facoltà di subdelega) alla pg anche questo tipo di attività e si precisa che tale modifica, tenuto conto della possibilità di nominare gli assistenti linguistici attingendo da un elenco nazionale, e di disporre l'assistenza a distanza tramite videoconferenza, «consentirà un evidente alleggerimento degli incombenti e un risparmio dei costi di spostamento, soprattutto quando l'incarico abbia ad oggetto una richiesta di assistenza a distanza, oppure una traduzione scritta che l'ausiliario potrà trasmettere anche tramite lo strumento della posta elettronica certificata».

La modifica legislativa in esame, sicuramente utile perché fa cadere una limitazione che il giudice incontrava (quella di nominare personalmente la persona incaricata della traduzione o dell'interpretazione), appare tuttavia di scarso impatto, sia in termini di contenimento di costi, sia in termini di incidenza.

Si legge infatti nello Schema del decreto legislativo redatta dal Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati che, in assenza di un dato generale (in quanto nel Registro generale ove vengono iscritti i procedimenti penali, manca il riferimento alla nomina di un interprete) e sulla scorta di rilevazioni a campione effettuate dall'Ufficio Bilancio del Ministero della giustizia in alcuni uffici giudiziari requirenti di grosse dimensioni, "il dato relativo alle spese per il pagamento delle prestazioni agli interpreti e traduttori è pari al 5% rispetto a quelle riferite complessivamente agli ausiliari del giudice". Partendo da questo dato (il 5%) deve ritenersi decisamente minima l'incidenza che in esso hanno le spese sostenute per conferire incarico all'interprete che risieda fuori dalla circoscrizione del Tribunale, senza trascurare il fatto che una disposizione di tal fatta – stando al suo tenore letterale – opera solo in relazione al conferimento dell'incarico, che si effettua *una tantum*, ed ha quindi una portata applicativa altrettanto ridotta.

Decisamente più incisiva e significativa la modifica introdotta con l'art. 2.

Sono stati infatti introdotti due nuovi articoli nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale: l'art. 51-*bis* disp. att. c.p.p. e l'art. 67-*bis* disp. att. c.p.p.

Il primo comma dell'art. 51-*bis* disp. att. c.p.p. fornisce una risposta ad una delle criticità della riforma del 2014.

Si era infatti evidenziato che la modifica apportata all'art. 143 c.p.p. con la riforma estende il diritto all'assistenza gratuita, in modo indistinto, alle comunicazioni con i difensori, prima di rendere interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento. In altri termini, la mancata indicazione di un numero massimo di colloqui nei quali si aveva diritto all'assistenza gratuita di un interprete, rendeva l'assistenza gratuita possibile – nei casi contemplati dall'art. 143 co. 1 secondo periodo del codice di rito – per un numero indeterminato ed indefinito di colloqui, anche, dunque, per tutti quelli che la parte avesse avuto con il suo difensore. Una criticità, questa, che incideva anche e soprattut-

svolto il compito di trascrizione delle registrazioni delle comunicazioni intercettate».

to sulle spese di giustizia, tenuto conto che quelle per l'assistenza linguistica non sono ripetibili, neanche in caso di condanna.

Ebbene, accogliendo le osservazioni critiche sollevate sul punto, il legislatore ha previsto al primo comma dell'art. 51-*bis* cit. che sia solo uno il colloquio con il difensore che, per ciascuno dei casi previsti (ossia rendere interrogatorio, presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento), dà diritto all'assistenza gratuita dell'interprete e che solo quando vi siano fatti o circostanze particolari per i quali l'esercizio del diritto di difesa richieda lo svolgimento di più colloqui in riferimento al compimento di un medesimo atto processuale tra quelli contemplati, allora l'assistenza gratuita può essere assicurata per più di un colloquio (senza indicazione, in questo caso, del numero massimo possibile, e che tuttavia, in base ad un'interpretazione sistematica delle disposizioni ed in considerazione della *ratio legis* che sovrintende l'intervento, sembra dover essere esiguo).

Non è questa la sola integrazione che ha fatto tesoro delle osservazioni critiche.

Uno dei difetti di adeguamento alla direttiva si è infatti registrato con la traduzione orale o per riassunto, che nel nuovo testo dell'art. 143 c.p.p. non è stata in alcun modo contemplata, nonostante la direttiva stabilisca «la generalizzata possibilità di usufruire della traduzione orale o per riassunto».

Il comma secondo dell'art. 51-*bis* cit. è intervenuto sul punto, ponendo un rimedio a tale difetto di adeguamento: è stato previsto che nei casi tassativamente indicati in cui, a norma dell'art. 143 co. 2 c.p.p., si procede a traduzione scritta obbligatoriamente, l'autorità giudiziaria, con decreto motivato e sempre che ciò non pregiudichi il diritto di difesa dell'imputato, disponga «quando ricorrono particolari ragioni di urgenza e non è possibile avere prontamente una traduzione scritta» la traduzione orale, anche in forma riassuntiva, redigendo contestualmente verbale.

L'intervento effettuato non ha dunque generalizzato il ricorso alla traduzione orale, anche in forma riassuntiva, come prevede la direttiva, richiedendo che essa possa avvenire solo nella ricorrenza di particolari ragioni d'urgenza e non sia possibile avere per tempo la traduzione scritta: una scelta di tal fatta sembra rispondere ad una evidente esigenza di contemperamento tra la portata precettiva dell'art. 143 co. 2 c.p.p. (che impone come obbligatoria la traduzione scritta di alcuni atti individuati) ed il contenuto della direttiva, che fino alle integrazioni in esame era stato sul punto del tutto disatteso.

Ulteriore attenuazione della portata precettiva delle disposizioni che impongono la traduzione scritta è contenuta al terzo comma dell'art. 51-*bis* cit.: è stato infatti previsto che l'imputato possa sempre – e quindi anche al di fuori di quelle particolari ragioni di urgenza che legittimano il decreto motivato dell'a.g. – espressamente rinunciare (personalmente ma anche a mezzo procuratore speciale) alla traduzione scritta degli atti, ma si richiede che la rinuncia abbia effetto solo se l'imputato ha piena consapevolezza delle conseguenze che ne derivano, anche per aver a tal fine consultato il difensore. In questo caso il contenuto degli atti è tradotto oralmente, anche in forma riassuntiva.

Le eccezioni all'obbligo di traduzione scritta sono da guardare sicuramente con favore, non solo perché si adeguano alla direttiva, ma anche perché agevolano e snelliscono l'attività giurisdizionale, senza comprimere un diritto costituzionalmente garantito, che viene comunque assicurato, essendo in ogni caso fornita alla parte alloglotta l'assistenza dell'interprete.

Ove si proceda a traduzione orale, in sostituzione della traduzione scritta e tanto nel caso delle particolari ragioni d'urgenza, quanto nelle ipotesi in cui vi abbia consapevolmente rinunciato l'imputato, è comunque imposto (e ciò in accoglimento di un'espressa richiesta della Commissione giustizia della Camera dei deputati) che venga effettuata anche la riproduzione fonografica, a garanzia della fedele riproduzione, anche per il futuro, di quanto detto.

È stato inoltre previsto che, qualora vi siano strumenti tecnici idonei e sempre che ciò non causi un concreto pregiudizio al diritto di difesa, l'autorità procedente possa disporre l'assistenza dell'interprete mediante l'utilizzo delle tecnologie di comunicazione a distanza. Questa disposizione va letta in uno con quella che consente di conferire l'incarico per rogatoria: anch'essa risponde all'esigenza di contemperare i costi ed in questo caso di rendere immediata l'interpretazione, senza costringere l'interprete a farraginosi e continui spostamenti. Si tratta tuttavia (viene da dire, anche in questo caso) di una modifica che presumibilmente non avrà un grande impatto né sui costi (per le ragioni anzidette) né in termini di efficacia dell'interpretazione offerta, che verrebbe effettuata da un interprete che non si trova nella stessa aula d'udienza del testimone o dello stesso imputato, situazione, questa, che non solo sembra contrario al principio dell'oralità, ma che più in generale contrasta con le raccomandazioni del Consiglio dell'Unione europea per il quale – come sottolinea la relazione illustrativa – è opportuno che l'interprete nei procedimenti penali si trovi nella stessa aula della persona alloglotta, sia esso testimone, sia quando (a maggior ragione) ad aver diritto all'assistenza è l'imputato.

L'art. 2 del decreto in esame introduce, oltre all'art. 51-*bis* disp. att. c.p.p., anche un nuovo articolo, ossia l'art. 67-*bis* disp. att. c.p.p.

Si tratta di un'integrazione che risponde alla generale esigenza di rendere adeguata la qualità dei servizi di interpretazione e di traduzione ed essa soddisfa (in verità solo in parte) quelle criticità che prima sono state evidenziate.

È stata infatti prevista la formazione di un elenco nazionale degli interpreti e traduttori e questo al fine evidente di monitorare, quanto meno, gli incarichi. Non è tuttavia previsto un controllo sulla "qualità" della prestazione offerta o sulla competenza e professionalità di colui che è iscritto all'albo (ulteriore rispetto a quello svolto nei singoli tribunali, allorché li ha valutati idonei) e ciò va a discapito della effettiva adeguatezza degli strumenti di assistenza linguistica, ma è comunque un primo passo verso una regolamentazione della materia.

Non a caso si legge nella relazione illustrativa che, in assenza di un albo nazionale, la creazione di un registro centralizzato oltre ad essere di grande utilità per gli operatori che vi possono accedere e che possono così reperire o quanto meno operare una scelta a livello nazionale, contempera l'imposizione contenuta nella direttiva di un meccanismo di verifica della qualità del servizio offerto con il diritto al libero esercizio di una professione non regolamentata, quale quella dell'assistente linguistico e bilancia ragionevolmente "l'esigenza, imposta dall'Unione europea, di prevedere un sistema efficiente di accesso al servizio di interpretariato ed un meccanismo trasparente di nomina di un ausiliario qualificato, per dare contenuto ed effettività al diritto espressamente sancito."

L'elenco nazionale, non essendo un albo ma un documento ricognitivo, raggruppa gli elenchi aggiornati, in formato elettronico, degli interpreti e dei traduttori iscritti nell'albo dei periti tenuti dal tribunale e che vengono trasmessi per via telematica al Ministero della giustizia. L'elenco nazionale così formato è consultabile dall'autorità giudiziaria, dagli avvocati, dalla polizia giudiziaria direttamente sul sito istituzionale del Ministero della giustizia, nel rispetto della normativa vigente sul trattamento dei dati personali.

Accogliendo una delle osservazioni critiche mosse alla riforma del 2014, è stato previsto che l'autorità giudiziaria si avvalga di tale elenco nazionale e che possa nominare interpreti e traduttori diversi da quelli ivi inseriti, solo in presenza di specifiche e particolari esigenze, sulle quali dovrà dunque adeguatamente motivare (e che, in caso contrario, configura una nullità che va eccepita nei termini di cui all'art. 182 c.p.p.).

Perché l'elenco nazionale degli interpreti e traduttori sia effettivo (e con esso le prescrizioni appena commentate) occorrerà attendere il termine di otto mesi dalla data di entrata in vigore del decreto in esame, ossia il termine entro il quale con decreto del Ministro della giustizia verranno definite le modalità di consultazione dell'elenco nazionale suddetto.

Il decreto in esame si chiude poi (e non è una novità) con la clausola di invarianza finanziaria (art. 3).

4. Conclusioni

Con il decreto legislativo in esame si è, in conclusione, cercato di semplificare la disciplina in caso di conferimento dell'incarico all'interprete ed al traduttore, e ciò in un'ottica di elasticità e razionalizzazione delle spese del processo penale, e si è previsto che, nei casi di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, le spese spettanti anche per l'interprete ed il traduttore rimangano a carico dello Stato; è stata inoltre ammessa la possibilità, con decreto motivato, di procedere a traduzione orale, anche in forma riassuntiva, nel caso di particolari situazioni di urgenza, e di ricorrere alla videoconferenza (o al telefono o internet) per garantire l'assistenza dell'interprete; è stata infine, come visto, prevista l'istituzione di un elenco nazionale degli interpreti e traduttori iscritti negli albi dei periti di ogni tribunale.

Si tratta di modifiche legislative che, nel loro complesso, incidono ed in qualche modo cercano di superare le criticità della riforma del 2014.

Ciò vale per la traduzione orale o per riassunto, che è stata finalmente contemplata, adattando la riforma al quadro normativo attualmente esistente che impone come obbligatoria, per una certa tipologia di atti, la traduzione scritta. Lo stesso è a dirsi per il numero di colloqui con il difensore che possono essere oggetto di interpretazione gratuita.

Su questi aspetti, i correttivi adottati superano le criticità evidenziate.

Su altre questioni il superamento delle criticità è stato conseguito solo in parte.

È questo il caso del controllo sulla "qualità dei servizi di interpretazione e traduzione", che ha dovuto fare i conti con la mancanza di un albo professionale nel quale siano iscritti gli interpreti ed i traduttori e che ha portato all'adozione di una serie di disposizioni che, se da un lato, cercano di disciplinare l'accesso e di gestirlo a livello nazionale, dall'altro non possono eccessivamente incidere su una professione che al momento non è regolamentata. La qualità delle traduzioni non è stata inoltre assicurata, laddove la direttiva indica come necessario il riconoscimento sia del diritto di impugnare le decisioni che ritengano superflua la traduzione di documenti, sia del diritto di contestare la traduzione effettuata o di essere reintegrato immediatamente nel diritto (alla traduzione) negato. Ciò, tuttora, non viene riconosciuto, non essendo state adottate disposizioni correttive ed integrative sul punto. Egualmente non sono state superate le criticità relativa alla mancanza di norme che prevedano la ricusazione dell'interprete, la sua astensione o "l'incompatibilità di ruolo".

Di scarso impatto, come visto, le modifiche in tema di conferimento dell'incarico e svolgimento dello stesso a distanza: forse solo la prassi giudiziaria dirà se esse segneranno una svolta, anche in termini di contenimento della spesa pubblica (che in astratto appare minimo).

Restano invece totalmente irrisolte una serie di questioni: da quella relativa alle conseguenze in caso

di inosservanza delle disposizioni; a quella che riguarda l'ambito di applicazione della normativa di riforma (esteso anche all'esecuzione? Alla prevenzione? Al mandato di arresto europeo?).

Si tratta di questioni che già danno adito ad una serie di dubbi interpretativi, e solo il tempo ed il consolidarsi degli orientamenti potranno offrire, in mancanza di una rettifica normativa sul punto, una qualche logica e ragionata soluzione anche sul punto.

5. Norme di riferimento

DECRETO LEGISLATIVO 23 giugno 2016, n. 129

Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, recante attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. (16G00142)

Vigente al: 29 luglio 2016

Art. 1

Modifiche all'articolo 1del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32

1. All'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, dopo la lettera b) è aggiunta la seguente:

«b-*bis*) all'articolo 146, dopo il comma 2, è aggiunto il seguente:

"2-*bis*. Quando l'interprete o il traduttore risiede nella circoscrizione di altro tribunale, l'autorità procedente, ove non ritenga di procedere personalmente, richiede al giudice per le indagini preliminari del luogo il compimento delle attività di cui ai commi precedenti."».

Art. 2

Modifiche all'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32

1. All'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, prima della lettera a) è premessa la seguente:

«a) dopo l'articolo 51 è inserito il seguente:

"Art. 51-*bis* (Assistenza dell'interprete e traduzione degli atti).

1. Per ciascuno dei casi previsti dall'articolo 143, comma 1, secondo periodo, del codice, l'imputato ha diritto all'assistenza gratuita dell'interprete per un colloquio con il difensore. Se per fatti o circostanze particolari l'esercizio del diritto di difesa richiede lo svolgimento di più colloqui in riferimento al compimento di un medesimo atto processuale, l'assistenza gratuita dell'interprete può essere assicurata per più di un colloquio.

2. Quando ricorrono particolari ragioni di urgenza e non è possibile avere prontamente una traduzione scritta degli atti di cui all'articolo 143, comma 2, del codice l'autorità giudiziaria dispone, con decreto motivato, se ciò non pregiudica il diritto di difesa dell'imputato, la traduzione orale, anche in forma riassuntiva, redigendo contestualmente verbale.

3. L'imputato può rinunciare espressamente, anche a mezzo di procuratore speciale, alla traduzione scritta degli atti. La rinuncia produce effetti solo se l'imputato ha consapevolezza delle conseguenze che da essa derivano, anche per avere a tal fine consultato il difensore. In tal caso il contenuto degli atti è tradotto oralmente, anche in forma riassuntiva.

4. Nei casi di cui ai commi 2 e 3 della traduzione orale è effettuata anche la riproduzione fonografica.

5. Ove vi siano strumenti tecnici idonei, l'autorità procedente può disporre l'assistenza dell'interprete mediante l'utilizzo delle tecnologie di comunicazione a distanza, salvo che ciò possa causare concreto pregiudizio al diritto di difesa."».

2. All'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, dopo la lettera a) è inserita la seguente:

«a-*bis*) dopo l'articolo 67 è inserito il seguente:

"67-*bis* (Elenco nazionale degli interpreti e traduttori). - 1. Ogni tribunale trasmette per via telematica al Ministero della giustizia l'elenco aggiornato, in formato elettronico, degli interpreti e dei traduttori iscritti nell'albo dei periti di cui all'articolo 67. L'autorità giudiziaria si avvale di tale elenco nazionale e nomina interpreti e traduttori diversi da quelli ivi inseriti solo in presenza di specifiche e particolari esigenze.

2. L'elenco nazionale di cui al comma 1 è consultabile dall'autorità giudiziaria, dagli avvocati e dalla polizia giudiziaria sul sito istituzionale del Ministero della giustizia, nel rispetto della normativa vigente sul trattamento dei dati personali. Le modalità di consultazione dell'elenco nazionale sono definite con decreto del Ministro della giustizia, da adottarsi entro il termine di otto mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione."».

Art. 3

Clausola di invarianza finanziaria

1. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

2. Le Amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dal presente decreto con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

NOVITÀ LEGISLATIVE

Matilde Pezzullo
Consigliere sezione lavoro Corte di Appello di Napoli

"Fatta la legge trovato l'inganno". Il decreto correttivo del Jobs Act: la tracciabilità dei voucher come rimedio al proliferare del lavoro "nero" che si voleva contrastare

abstract

Brief review of the legislation on the so-called "accessory work" in the light of the legislative decree in correction of the Jobs Act and the introduction of the voucher traceability.

keywords

Accessory work – Jobs Act – Voucher traceability.

abstract

Breve disamina della normativa sul cosiddetto "lavoro accessorio" alla luce del decreto legislativo correttivo del Jobs Act e dell'introduzione della tracciabilità dei voucher.

parole chiave

Lavoro accessorio – Jobs Act – Tracciabilità dei voucher.

Il decreto legislativo n. 185 del 24 settembre 2016 (in Gazzetta Ufficiale n. 235 del 7 ottobre 2016) recante disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi attuativi del Jobs Act disegna la nuova disciplina dei voucher per il lavoro accessorio.

Prima dell'intervento effettuato dal Governo con il Jobs Act, il lavoro accessorio era stato introdotto nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 276/2003, col fine prioritario di contrastare il lavoro nero.

Il legislatore del tempo però, limitava l'applicazione del lavoro accessorio agli studenti, alle casalinghe, ai pensionati, ai disabili e ai soggetti che avevano la residenza in comunità di recupero, nonché ai lavoratori disoccupati da almeno sei mesi. Anche i settori interessati dall'esecuzione delle prestazioni erano ben individuati: insegnamento privato supplementare, lavori di giardinaggio, pulizia, manutenzione di edifici; piccoli lavori domestici a carattere straordinario; realizzazione di manifestazioni sociali, sportive e culturali; collaborazioni con enti pubblici e associazioni di volontariato, restando escluse le attività agricole.

Potevano beneficiare di prestazioni di lavoro accessorio, le imprese familiari e soggetti che non fossero stati imprenditori o, nel caso in cui fossero stati imprenditori, al di fuori dell'esercizio della propria attività, nonché gli enti senza scopo di lucro.

Il Decreto n. 276/2003, introduceva i voucher che avevano il valore di euro 7,50, mentre vi era il limite di compenso complessivo annuo (anno solare) di euro 3.000 ed era previsto un massimo di 30 giornate lavorative per le singole attività.

Con la legge n. 80/2005, aumentarono i beneficiari, poiché infatti venivano coinvolte anche le imprese familiari che operavano nel settore dei servizi, mentre il limite massimo complessivo veniva elevato ad euro 5.000 per la generalità dei percettori e ad euro 10.000 per i prestatori di attività di imprese familiari.

Infine la legge n. 92/2012 eliminò qualsiasi tipo di vincolo di natura soggettiva ed oggettiva in merito all'applicazione del contratto di lavoro accessorio, estendendo a chiunque la possibilità di svolgerlo, eccetto per le attività svolte presso un datore di lavoro con cui era già in corso un rapporto di lavoro di tipo subordinato. Inoltre, sempre tale legge, introdusse una novità laddove, nel settore dell'agricoltura, venne permesso di usare i voucher ai pensionati ed agli studenti nelle imprese con un volume di affari annuo superiore ad euro 7.000 e a qualsiasi soggetto nelle altre imprese, a patto che questi non fossero stati iscritti nel registro dei lavoratori agricoli l'anno precedente. La legge n. 92/2012 inoltre, pur confermando il limite dei 5.000 euro, introdusse però, quello di euro 2.000 per le pre-

stazioni che venivano effettuate a beneficio di un singolo committente.

Dunque, alla luce di questa breve disamina, si evince come il d.lgs. n. 81/2015, sia intervenuto su una normativa già consolidata, pur apportando comunque delle importanti novità, come quella a riguardo del limite complessivo annuo per i compensi per le attività lavorative svolte a favore di ciascun committente.

Il d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, che provvede al riordino delle tipologie contrattuali, ha quindi dettato una seppur parizale nuova disciplina del lavoro accessorio, contenuta negli articoli da 48 a 50, prima contemplata dagli articoli 70 e seguenti del d.lgs. n. 276/2003.

Il Capo VI del decreto n. 81, ai suddetti articoli dal 48 al 50, ha apportato modifiche sostanziali alla previgente disciplina, che è stata abrogata (l'art. 55, comma 1, lettera d) del medesimo Decreto, infatti, prevede l'abrogazione degli articoli da 70 a 73 del d.lgs. n. 276/2003).

Il fine dell'intervento legislativo in particolare, era quello quello di contrastare il lavoro "nero", dato anche l'ampio utilizzo di tale tipologia contrattuale, ma, come vedremo, la pur lodevole intezione del legislatore si è trasformata in un boomerang costringendolo a correre ai ripari.

Le novità dal dec leg. 81 introdotte sono: l'ampliamento dell'utilizzo del contratto di lavoro accessorio, l'aumento del limite complessivo dei compensi che possono essere percepiti dal lavoratore, una semplificazione nell'utilizzo dei voucher e l'obbligo di comunicazione preventiva alla Direzione territoriale del lavoro competente.

Per "prestazioni di lavoro accessorio" si intendono genericamente, quelle attività lavorative che non danno origine, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 7.000 euro durante un anno civile, annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati, così come specificato dalla circolare Inps n. 170/2015.

La tipologia contrattuale ha come obiettivo quello di regolamentare le prestazioni lavorative accessorie che non sono ascrivibili ad alcun tipo di contratto di lavoro, poiché vengono rese saltuariamente, garantendo comunque una tutela di tipo assicurativo e previdenziale.

Le parti del lavoro accessorio ovvero committenti, cioè coloro che impiegano prestatori di lavoro accessorio, possono essere: famiglie, enti senza fini di lucro, soggetti non imprenditori, imprese familiari, imprenditori agricoli, imprenditori operanti in tutti i settori, committenti pubblici.

Tranne che per il settore agricolo, i prestatori di lavoro accessorio possono essere soggetti disoccupati o inoccupati; il lavoro accessorio risulta essere però incompatibile con lo status di lavoratore subordinato, sia a tempo pieno che parziale, se l'impiego è alle dipendenze dello stesso datore di lavoro titolare del contratto di lavoro subordinato.

Tra le principali novità introdotte dal d.lgs. n. 81/2015, certamente rientra l'aumento del limite dei compensi che possono essere percepiti dal prestatore di lavoro dalla totalità dei committenti, che adesso è pari ad euro 7.000, mentre precedentemente il limite era di euro 5.000, con la naturale conseguenza che tale aumento ha permesso di ricorrere più frequentemente a tale tipologia di lavoro.

Il decreto in oggetto lascia invece invariati i limiti previsti dalla vecchia normativa, in merito agli imprenditori e ai professionisti: infatti, se il committente è imprenditore o professionista, il lavoratore potrà percepire un importo massimo di 2.000 euro annui dal committente, limite che non sussiste se la prestazione è richiesta dal committente nell'ambito della sfera privata e non come soggetto Iva.

Diversa è la situazione per quanto concerne il settore dell'agricoltura, dove il lavoro accessorio può essere svolto nell'ambito di: attività agricole di carattere stagionale, effettuate da pensionati e da giovani minori di 25 anni di età, se regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso un istituto di qualsiasi ordine e grado, compatibilmente con gli impegni scolastici, oppure in qualunque periodo dell'anno, se regolarmente iscritti ad un ciclo di studi presso l'università; attività agricole svolte a favore di produttori agricoli con un volume di affari fino ad euro 7.000 (art. 34, comma 6, d.P.R. n. 633/1972), ma che non devono essere svolte da soggetti iscritti l'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli.

Nel caso di committente pubblico, questo potrà usufruire del lavoro accessorio rispettando i limiti previsti dalla normativa in merito al contenimento della spesa pubblica e del patto di stabilità interno.

Altra novità introdotta dal d.lgs. n. 81/2015, è stata il comma 2 dell'art. 48, che disciplina l'applicazione del lavoro accessorio ai percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito, laddove specifica che i percettori di ammortizzatori sociali possono svolgere lavoro accessorio in tutti i settori produttivi nel limite complessivo di euro 3.000 di compenso per anno civile. È inoltre vietato il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o di servizi, tranne nei casi previsti da D.M. che dovrebbe essere adottato entro 6 mesi dall'entrata in vigore dello stesso Decreto legislativo; pertanto il committente deve sempre essere l'utilizzatore finale della prestazione di lavoro accessorio.

Altra novità importantissima introdotta dal d.lgs. n. 81 è prevista all'art. 48, comma 1, secondo il quale il periodo per il compenso per il lavoro accessorio è da riferirsi all'anno civile, e non più, come in precedenza, all'anno solare, riferendosi con ciò al periodo di riferimento che va dal 1° gennaio al 31 dicembre di ogni anno. È rilevante ricordare che i suddetti limiti econo-

mici sono soggetti a rivalutazione annuale, sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati.

Il committente può effettuare richiesta al lavoratore affinché quest'ultimo dichiari che non è stato superato il limite degli importi massimi previsti. Infatti, l'eventuale superamento dei suddetti limiti comporta la trasformazione del rapporto in lavoro subordinato a tempo indeterminato, prevedendo l'applicazione di sanzioni civili ed amministrative.

Ai fini probatori, è quindi preferibile che l'accordo tra committente e prestatore risulti da atto scritto e che contenga le disposizioni relative alla definizione del tipo di attività affidata al prestatore di lavoro, la misura del compenso, la durata della prestazione, che è preferibile sia stabilita per evitare dubbi sulla tipologia del contratto di lavoro stesso. Il rapporto cessa allo scadere del termine apposto al contratto, anche se comunque le parti possono scegliere di "liberarsi" quando lo desiderano.

Al lavoratore spetta il voucher come compenso per la prestazione svolta.

I voucher consistono in buoni orari numerati progressivamente e datati.

In attesa dell'emanazione del D.M., il valore nominale di un buono è pari ad euro 10 e questo importo comprende la contribuzione (pari al 13%) a favore della gestione separata Inps, che viene accreditata sulla posizione individuale contributiva del prestatore; la contribuzione a favore dell'Inail per l'assicurazione contro gli infortuni (7%) ed un compenso al concessionario per la gestione del servizio (5%). Il valore netto del voucher è pari ad euro 7,50. Secondo quanto previsto dalla norma, sarà un D.M. che individuerà il concessionario del servizio e che regolamenterà le modalità per il versamento dei contributi e delle coperture assicurative e previdenziali.

Intanto, nell'attesa che venga emanato tale Decreto, i concessionari vengono individuati nell'Inps e nelle agenzie per il lavoro, di cui agli articoli 4 comma 1, lettera a) e c) e 6, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 276/2003. Il prestatore di lavoro percepisce il proprio compenso dal concessionario in seguito all'accreditamento dei buoni da parte del beneficiario della prestazione di lavorio accessorio. Il compenso è esente da ogni imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupazione o inoccupazione del prestatore di lavoro accessorio. Nel settore agricolo il voucher è pari all'importo della retribuzione oraria delle prestazioni di natura subordinata individuata dal contratto collettivo stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Un'ulteriore novità molto importante introdotta dal d.lgs. n. 81/2015, riguarda le modalità di acquisto dei buoni lavoro.

Infatti, l'articolo 49, al comma 1, prevede che i committenti che siano imprenditori o liberi professionisti, siano obbligati ad acquistare soltanto con modalità telematiche uno o più carnet di buoni orari per prestazioni di lavoro accessorio e, precisamente, potranno acquistarli attraverso:

- la procedura telematica Inps (voucher telematico);
- tabaccai che aderiscono alla convenzione InpsFit e tramite servizio internet Banking Intesa Sanpaolo;
- banche popolari abilitate.

Per quanto riguarda invece i committenti non imprenditori o professionisti, essi possono continuare ad acquistare i buoni, oltre che con i modi sopra descritti, anche presso gli Uffici postali di tutto il territorio nazionale. Dunque non possono essere acquistati buoni lavoro cartacei presso le sedi Inps.

Per quanto attiene lla comunicazione preventiva alla Direzione territoriale del lavoro, nel sistema previgente, l'art. 49, al comma 3, prevedeva che vi fosse obbligo, da parte del committente imprenditore o professionista, di comunicare alla Direzione territoriale del lavoro competente, prima dell'inizio della prestazione e attraverso modalità telematiche (compresi sms e posta elettronica), i dati anagrafici ed il codice fiscale del lavoratore, indicando altresì il luogo della prestazione con riferimento ad un arco temporale che non doveva essere superiore ai 30 giorni successivi.

Tuttavia, in via transitoria, in attesa che venissero attivate le suddette modalità telematiche per la comunicazione alla Dtl competente, il Ministero del lavoro, con nota n. 3337 del 25 giugno 2015, aveva chiarito che, nelle more di tale attivazione, la comunicazione preventiva dpveva essere effettuata secondo le procedure attuali e cioè deve essere inoltrata all'Inps.

Alla luce di quanto appena detto, non si comprendeva bene però, se il legislatore, avesse limitato tale obbligo solo ai committenti imprenditori o professionisti per una semplice dimenticanza, oppure a seguito di una decisione meditata, escludendo quindi tutti gli altri committenti che non fanno parte di tale categoria. Il riferimento al fatto che la comunicazione dovesse essere inviata prima dell'inizio della prestazione, faceca presupporre che la stessa dovesse essere inoltrata almeno il giorno antecedente l'inizio della prestazione di lavoro accessorio.

La mancata comunicazione preventiva alla Dtl o all'Inps era causa dell'applicazione della maxisanzione dovuta per lavoro nero; il committente restava invece esonerato dall'obbligo di effettuare le comunicazioni obbligatorie ai Servizi per l'impiego e di registrare il lavoratore sul Libro unico del lavoro, così come previsto da nota del Ministero del lavoro del 14 febbraio 2007.

L'art. 49, al comma 8, del d.lgs. n. 81, tutelava infine quei committenti che, alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, non avessero ancora utilizzato i voucher richiesti prevedendo appunto che, nel caso di buoni lavoro richiesti prima del 25 giugno 2015, ma non ancora utilizzati sino al 31 dicembre 2015, questi potessero essere utilizzati secondo le pre-

vigenti disposizioni normative, sia per quanto concerne l'ambito di applicazione, sia per quanto riguarda i limiti previsti in ambito economico in precedenza.

Come innanzi anticipato, il contratto di lavoro accessorio è stato introdotto come strumento per contrastare il lavoro nero, ma numerosi sono stati i casi in cui vi è stato (e tuttora vi è), un abuso di tale tipologia contrattuale, favorendo così molto spesso un incremento del lavoro precario, in particolare nel settore del commercio e nel settore del turismo.

Il trucco era semplice in quanto molte aziende provvedevano all'acquisto di voucher effettuando la comunicazione contenente la volontà di utilizzarli, utilizzandoli poi però concretamente, soltanto in caso di controlli da parte degli ispettori del lavoro.

L'intervento operato dal cd decreto correttivo, sull'onda delle proteste riguarda in particolare l'articolo 49 del decreto legislativo n. 81 del 2015, che vede sostituito proprio il comma 3[1].

Specificamente è previsto intanto che i committenti imprenditori non agricoli o professionisti che ricorrono a prestazioni di lavoro accessorio sono tenuti, almeno 60 minuti prima dell'inizio della prestazione, a comunicare alla sede territoriale competente dell'Ispettorato nazionale del lavoro, mediante sms o posta elettronica, i dati anagrafici o il codice fiscale del lavoratore, indicando, altresì, il luogo e la durata della prestazione.

Rispetto alla versione precedente gli interventi sono quindi due.

L'introduzione della comunicazione almeno sessanta prima dell'inizio della prestazionecostituisce la più importante novità. Dunque non sarà possibile procedere alla comunicazione a ridosso dell'inizio dell'impiego del lavoratore. Inoltre, non sarà possibile fare riferimento ad un arco temporale non superiore ai trenta giorni successivi all'interno del quale collocare la prestazione e dunque l'occupazione col voucher.

Sostanzialmente, occorrerà indicare quando la prestazione sarà resa al fine di evitare possibili abusi.

Va tuttavia evidenziato che l'analisi descritta riguarda esclusivamente i committenti imprenditori non agricoli.

Per il settore dell'agricoltura, infatti, rimane la possibilità di fare riferimento ad un arco temporale non superiore a 7 giorni.

Fisiologica e coerente con l'introduzione dell'Ispettorato nazionale del lavoro, la previsione di procedere alla comunicazione alla sede territoriale dell'ufficio (prima era previsto che venisse effettuata alla DTL); le modalità previste sono sms o posta elettronica, omaggio evidente alle nuove forme di comunicazione telematiche.

Nessuna modifica è stata introdotta relativamente ai dati da indicare e cioè dati anagrafici e codice fiscale del lavoratore.

Rimane comunque aperta la possibilità di prevedere ulteriori modalità applicative delle nuove disposizioni commentate nonché ulteriori modalità di comunicazione attraverso un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Le disposizioni correttive hanno efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2017.

Debutta poi una sanzione nel caso di omessa comunicazione della prestazione del lavoratore.

Il quadro sanzionatorio si presenta analogo a quello già previsto per il lavoro intermittente dal comma 3 dell'articolo 15 del d.lgs. n. 81 del 2015.

L'articolo 49 in materia di lavoro accessorio, nell'ultimo periodo del comma 3 prevede che in particolare, in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione, si applica la sanzione amministrativa da euro 400 ad euro 2.400.

Analogamente a quanto previsto per il lavoro a chiamata non sarà possibile avvalersi dell'istituto della diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo n. 124 del 2004 che è espressamente escluso.

Una volta entrato in vigore il provvedimento, sarà da chiarire, tuttavia, il discrimine del nuovo quadro sanzionatorio rispetto a quello previsto in caso di lavoro sommerso.

Il tenore letterale del modificato articolo 49 comma 3 prevede che la sanzione si applica (anche) nel caso in cui venga omessa la comunicazione.

Si sottolinea che non è prevista alcuna riduzione della sanzione qualora la comunicazione venga stata effettuata tardivamente.

Naturalmente sarà possibile godere della riduzione dell'articolo 16 della legge n. 689 del 1981 quale modalità di estinzione dell'illecito amministrativo entro 60 giorni dalla notifica che consente il pagamento in misura ridotta pari ad euro 800 (un terzo del massimo della sanzione).

Se l'intervento legislativo sulla tracciabilità avrà gli effetti sperati resta da vedere.

[1] Art. 49, comma III, d.lgs. n. 81/2015 come moificato dal dec. leg. 185/2016: «I committenti imprenditori non agricoli o professionisti che ricorrono a prestazioni di lavoro accessorio sono tenuti, almeno 60 minuti prima dell'inizio della prestazione, a comunicare alla sede territoriale competente dell'Ispettorato nazionale del lavoro, mediante sms o posta elettronica, i dati anagrafici o il codice fiscale del lavoratore, indicando, altresì, il luogo, il giorno e l'ora di inizio e di fine della prestazione. I committenti imprenditori agricoli sono tenuti a comunicare, nello stesso termine e con le stesse modalità di cui al primo periodo, i dati anagrafici o il codice fiscale del lavoratore, il luogo e la durata della prestazione con riferimento ad un arco temporale non superiore atre giorni. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali possono essere individuate modalità applicative della disposizione di cui al primo periodo nonché ulteriori modalità di comunicazione in funzione dello sviluppo delle tecnologie. In caso di violazione degli obblighi di cui al presente comma si applica la sanzione amministrativa da euro 400 ad euro 2.400 in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione. Non si applica la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124».

Deve comunque evidenziarsi che sull'intera normativa in materia di voucher pende la spada di Damocle del referendum abrogativo, le cui firme sono state già raccolte e convalidate; lo svolgimento della consultazione resta in attesa del solo giudizio di ammissibilità della Consulta.

Probabilmente, se e quando l'intero impianto normativo sarà sottoposto al giudizio popolare, la sorte della disposizione dipenderà oltre che ragioni strettamente politiche, anche dagli effetti "riparatori" della disiposizione in commento, giunta forse troppo tardi ed in modo insufficiente per arginare il fenomento del lavoro nero che proprio l'intotroduzione del voucher voleva contrastare.

Recensioni

'Quid est veritas?' Un seminario su verità e forme giuridiche
a cura di Cosimo Cascione e Carla Masi Doria
[«Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto romano, Storia e Teoria del diritto
'F. De Martino' dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'»],
Satura editrice, Napoli, 2013 1506
di Anna Paola Sannino

Anna Paola Sannino
Specializzata in Professioni Legali

'Quid est veritas?' Un seminario su verità e forme giuridiche

a cura di Cosimo Cascione e Carla Masi Doria

[«Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto romano, Storia e Teoria del diritto 'F. De Martino' dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'»], Satura editrice, Napoli, 2013

Il volume, che raccoglie gli atti di un seminario federiciano integrato dai contributi di un parallelo convegno messicano, è corredato da un titolo criptico che funge da preludio ad un viaggio volto alla ricerca delle forme che la *veritas* ha vestito nel corso del tempo, dall'età arcaica sino alla contemporaneità.

I curatori, Carla Masi Doria e Cosimo Cascione, avvertono il lettore (VII-VIII) di come l'*intentio* non sia fornire risposte univoche sul tema, bensì offrirne una problematizzazione e dunque un confronto costruttivo, reso possibile grazie alla narrazione di 'storie' che sviscerino il prima e il dopo di ciascuna tematica.

L'*iter* investigativo viene inaugurato da Carla Masi Doria (*«Linee per una storia della veritas nell'esperienza giuridica romana. I. Dalle basi culturali al diritto classico»,* pp.1-64*)* che analizza la semantica di *veritas*, notando come l'aggettivo *verum* richiami la positività della verità oggettiva, posta in palese contrasto con il *falsum* generalmente accostato al soggettivismo del pensiero umano.

Le basi culturali della nostra tradizione ci narrano, tuttavia, di una *Veritas*, figlia di Saturno e Crono, che ha un rapporto inevitabilmente intimo con il tempo, non soltanto in quanto essa si disveli progressivamente palesandosi nella sua oggettività, ma anche in virtù della mutevolezza dei suoi confini disegnati dal tempo stesso; ed è interessante notare come la versione relativistica, che pure ne discende e connota la *veritas*, trovi piena conferma anche nel relativismo che pervade l'uomo antico, ed in particolare il giurista impegnato nella faticosa ricostruzione di una 'verità argomentativa'.

L'autrice sottolinea come la difficoltà di cogliere un concetto univoco della locuzione '*veritas*' sia palesata dalla duplicità degli aspetti che la caratterizzano, ove alla verità epistemo-cognitiva si oppone un contenuto etico-normativo. Questa premessa motiva l'analisi della locuzioni «*verus filius*» e «*verus pater*», che vengono rispettivamente utilizzate da Labeone (D.28.8.11, Iav. 4 *ex post. Lab*.) e da Papiniano (D.28.2.23, Papin. 12 *quaest.*) per descrivere in un caso una relazione giuridica, quale sintesi di una verità formalisticamente intesa, mentre nella seconda ipotesi il «*verus pater*» richiama la versione giusnaturalistica della *veritas*: un padre naturale non può adottare il figlio naturale per superare la precedente diseredazione che gli ha posto contro, perché l'immagine esteriore non è mai capace di eclissare l'essenza stessa della verità.

La contrapposizione tra verità formale e verità naturale è stringente anche nella realtà processuale, ove la *quaestio facti* non di rado diverge dalla *quaestio iuris*. Indubbiamente il processo romano era meno angosciato dalla problematica del necessario raggiungimento della verità, perché la pregnanza della legittimità delle azioni poneva l'accento sulla corrispondenza delle proprie asserzioni al diritto, e non al vero; saranno le conquiste della laicizzazione del processo, della scrittura, del protagonismo della prova ad orientare la soluzione giudiziale verso l'ottenimento della verità, talvolta neppure realmente ricercata ma solo retoricamente conosciuta con l'esperimento della tortura.

D'altronde il dilemma della verità portava a soluzioni non univoche anche nell'ambito dell'esegesi interpretativa operata dai giuristi romani che, obbligati a districarsi tra i rovi dello *ius controversum*, si son affidati a criteri di prevalenza e maggioranza, acconsentendo a che ogni asserzione certa potesse esser sempre spiazzata da un'altra più vera.

Queste le riflessioni che motiveranno la conclusione dell'autrice, ferma sostenitrice della natura «instancabile, mutevole e relativa» della verità che domina l'età classica.

Cosimo Cascione racconta invece di una nuova *veritas* che permea il diritto tardoantico (*«Linee per una storia della veritas nell'esperienza giuridica romana. II. Diritto tardoantico»,* pp.65-169*)*, ove, all'irrefrenabile controversialità del diritto d'età classica, si vuole contrapporre una «uniformità non dubbia» da imprimere alla nuova impalcatura giuridica, resa possibile grazie all'accentramento dello *ius dicere* presso l'*imperator* e i burocrati di corte.

La spasmodica ricerca di una verità oggettiva, fortemente ispirata dalla *veritas* cristiana quale fonte di legittimazione del potere imperiale, conduce alla corposa attività legislativa imperiale e motiva il processo codificatorio giustinianeo, in cui la sistematica certezza è assicurata da una «*brevitas* chiarificatrice».

Conseguenzialmente muta l'andamento del processo cognitorio tardoantico, ora ispirato alla conoscenza dello stato di fatto, portatore di una *veritas* immanente e non già di una *veritas* argomentativa spesso ondivaga; e muta anche la sua struttura, culminante in

una *res iudicata* che «*pro veritate accipitur*»: attraverso la *plena inquisitio,* funzionale ad ottenere informazioni pregnanti ed attendibili, si argina il rischio che la verità resti celata all'imperatore e ai suoi funzionari, pur quando il prezzo da pagare sia l'inversione dell'*onus probandi*, l'utilizzo di mezzi di prova ultronei rispetto a quelli forniti dalle parti e anche l'ammissione di *delatores.*

Parallelamente assumono rilievo sia la testimonianza attestante la *lux veritas,* ove assistita da una fede sincera sigillata col giuramento, sia la prova documentale, funzionale a spezzare l'incertezza dell'oralità: l'obiettivo è pur sempre costruire un metodo razionale di ricerca del vero, pur quando ciò implichi ricorrere alla disumana tortura per scongiurare il timore del sospetto.

Prosegue l'analisi della *veritas* processuale Andreas Wacke che, con il suo contributo («*'Res iudicata pro veritate accipitur'? Le finalità della procedura civile romana fra principio dispositivo e principio inquisitorio',* pp.381-422»), intende indagare la reale idoneità della sentenza passata in giudicato a porsi quale attendibile momento di accertamento veritiero circa i fatti posti a fondamento della domanda processuale. Una problematica, ribadisce l'autore, non scontata, ove si consideri che il processo civile della romanità era generalmente retto dal principio dispositivo, che consente alle parti di allegare in giudizio ciò che ritengano idoneo ad attestare la veridicità delle proprie dichiarazioni, dinanzi alle quali il giudicante non può dubitare.

Traendo spunto riflessivo dagli istituti della *in iure cessio* e *manumissio vindicta*, Wacke osserva come infatti essi diano la stura ad un «processo simulato» che passa attraverso le narrazioni delle parti, portatrici di una verità storica che strumentalizzano per ottenere la statuizione finale: l'attore chiede conferma di un diritto che ritiene spettargli prima ancora del processo, sicché, ove l'alienante e il manomettente acconsentano alle affermazioni di costui d'esser il vero legittimato, il pretore è vincolato a tali dichiarazioni, sicché la sentenza accorderà la pretesa modificando la situazione fattuale *ante* processo.

Se nella cessione giudiziale emerge una verità formale della quale il giudice non può dubitare, la prospettiva muta al cospetto di processo volto all'indagine dello *status* di nato libero, ove, traendo spunto riflessivo dal noto frammento ulpianeo (D.1.5.25, Ulp. 1 *ad leg. Iul et Pap.*), la sentenza è un sbocco oggettivamente veritiero dell'accertamento, in quanto il giudicante esperisce il metodo inquisitorio per giungere ad una conoscenza dei fatti sottratta alla disponibilità delle parti private; qui la sentenza sarà eccezionalmente idonea a far estendere la portata nel proprio *decisum* ultra partes, in quanto lo *status* d'appartenenza, incidendo sulla possibilità di contrarre matrimonio, avrà una dirompente ripercussione anche nei confronti dei consociati con cui la parte si relazionerà.

Ad approfondire un tema soltanto accennato da Carla Masi Doria è Natale Rampazzo, che con il suo contributo («*Vero e falso nel diritto pubblico romano*», pp.423-449) dimostra come non sia affidabile l'equazione che vuole il falso corrispondere al 'non vero', muovendo le proprie argomentazioni da uno studio afferente un frequente problema del diritto pubblico romano, ossia la carenza di legittimazione formale in capo a chi, ciò nonostante, eserciti fattualmente poteri magistraturali.

Il vizio formale che macchia la regolarità della carica rivestita rompe la simmetrica corrispondenza tra fatto e diritto, minando la sussunzione del caso *sub specie veritatis*; eppure, in contrasto a ciò che dovrebbe rappresentare un esito scontato, ossia la delegittimazione del potere viziatamente conseguito e il travolgimento dell'attività *medio tempore* operata, la storia ci consegna esiti diversi: il caso esposto nel frammento di Ulpiano (D. 1.14.3, Ulp. 38 *ad Sab.*) narra di Barbarius, «*quasi praetor*», che vide compensare la carenza di legittimazione formale della propria carica grazie all'*equitas* e all'*utilitas* di cui erano intrise le proprie disposizioni.

Se la falsità dell'investitura non si ripercosse sulla 'verità' delle competenze esercitate, sottolinea l'autore, lo si deve all'espediente giuridico della *fictio*, capace di sostituire uno stato di cose che, pur quando veritiero, non sia rispondente all'*utilitas* del caso concreto. La *fictio* riesce infatti ad eclissare l'assenza del *rigor iuris* e introduce una «falsa verità», che consente l'armonizzazione del fatto e del diritto in una differente dimensione di verità: infatti la *vis* dell'apparenza, che fonda la *fictio*, non è l'arbitrarietà, bensì è la capacità di osservare ciò che è prescindendo da ciò che dovrebbe essere, superando il dogma della corrispondenza tra validità ed efficacia in nome della prevalenza di una verità sostanziale rispetto al rigido formalismo.

Ecco perché la falsità non rappresenta una 'non esistenza', bensì una mancata corrispondenza con un paradigma esemplare di verità formale che tuttavia non preclude l'esistenza in un mondo di *fictiones*.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CASSAZIONE
Cass. civ., sez. II, 13.01.2017, n. 773 s.m.
Cass. civ., sez. I, 12.01.2017, n. 608 s.m.
Cass. civ., sez. II, 09.01.2017, n. 192 s.m.
Cass. civ., sez. I, 20.12.2016, n. 26329 s.m.
Cass. civ., sez. I, 07.12.2016, n. 25162 s.m.
Cass. civ., sez. VI, 05.12.2016, n. 24743 s.m.
Cass. civ., sez. III, 22 11.2016, n. 23730 s.m.
Cass. civ., sez. un., 1711.2016, n. 23397
(con nota di Alfano)
Cass. civ., sez. VI, 17.11.2016, n. 23448 s.m.
Cass. civ., sez. III, 20.10.2016, n. 21230
(con nota di Sorrentino)
Cass. civ., sez. I, 08.08.2016 s.m.
Cass. civ., sez. I, 26.07. 2016 s.m.
Cass. civ., sez. I, 08.04. 2016 s.m.
Cass. civ., sez. III, 18.02.2016 s.m.

TRIBUNALE
Trib. Roma, 31.12.2016 s.m.
Trib. Verona, 15.12.2016 s.m.
Trib. Agrigento, 13.12.2016 s.m.
Trib. Ferrara, 13.12.2016 s.m.
Trib. Roma, 10.11.2016 s.m.
Trib. Padova, 26.10.2016 s.m.
Trib. Napoli, sez. VIII, 06.10.2016, n. 10950
(con nota di Mautone e Riccardi)
Trib. Salerno, 12.12.2016 s.m.
Trib. Livorno, 30.06.2016 s.m.
Trib. Ivrea, 28.06.2016 s.m.
Trib. Bologna, 01.04.2016 s.m.

Diritto e procedura penale

CASSAZIONE
Cass. pen., sez. IV, 24.11.2016, n. 51959 s.m.
Cass. pen., sez. VI, 11.11.2016, n. 51666 s.m.
Cass. pen., sez. VI, 11.11.2016, n. 50128 s.m.
Cass. pen., sez. I, 02.11.2016, n. 50478 s.m.
Cass. pen., sez. VI, 28.10.2016, n. 50089 s.m.
Cass. pen., sez. un., 27.10.2016, n. 53153
(con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. un., 29.09.2016, n. 52274 s.m.
Cass. pen., sez. I, 09.09. 2016, n. 52819 s.m.
Cass. pen., sez. II, 28.07 2016, n. 33074
(con nota di Panarello)
Cass. pen., sez. III, 05.07.2016, n. 50336 s.m.
Cass. pen., sez. V, 13.06.2016, n. 32793
(con nota di Picierno)

TRIBUNALE
Trib. Nola, G.O.T., 06.12.2016, n. 3606 s.m.
Trib. Nola, GM, 08.11.2016, n. 3245 s.m.
Trib. Nola, GM, 31.10.2016, n. 3177 s.m.
Trib. Nola, G.O.T., 21.10.2016, n. 3068 s.m.
Trib. Nola, coll. D), 04.10.2016, n. 2832 s.m.
Trib. Caserta, GM, 03.10.2016, n. 5683 s.m.

G.I.P./ G.U.P
Trib. Napoli, G.U.P., 12.9.2016, n. 2633 s.m.

Diritto amministrativo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
T.a.r. Brescia, sez. II, 29.12.2016, n. 1790 s.m.
T.a.r. Lecce, sez. III, 22.12.2016, n. 1935 s.m.
T.a.r. Napoli, sez. IV, 20.12.2016, n. 5852 s.m.
T.a.r. Reggio Calabria 15.12.2016, n. 1315 s.m.
T.a.r. Lecce, sez. II, 15.12.2016, n. 1906 s.m.
T.a.r. Lazio, sez. II, 13.12.2016, n. 12405 s.m.
T.a.r. Toscana, sez. III, 12.12.2016, n. 1755 s.m.
T.a.r. Salerno, sez. I, 09.12.2016, n. 2631 s.m.
T.a.r. Liguria, sez. II, 02.12.2016, n. 1201 s.m.

CONSIGLIO DI STATO
Cons. Stato, sez. III, 29.11.2016, n. 5026 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., sez V, 6.12.2016, n. 24933 s.m.

Cass. civ., sez. V, 24.11.2016, n. 24003 s.m.

Cass., sez. un., 24.11.2016, n. 23397 s.m.

Cass. civ., sez. V, 30.11.2016, n. 24385 s.m.

Cass. civ., sez. V, 16.09.2016, n. 18213 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

C.G.U.E. sentenza del 5 ottobre 2016, C-576/15, *Maya Marinova ET e Direktor na Direktsia «Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika»* s.m.

C.G.U.E. sentenza del 14 dicembre 2016, C-378/15, *Mercedes Benz* Italia Spa e Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Roma 3 s.m.

Diritto internazionale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. pen., sez. I, 13 dicembre n. 52819

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte E.D.U., 13.12.2016, ricorso n. 9406/05, *Case of Kunitsyna v. Russia* s.m.

Corte E.D.U., 17.11.2016, ricorso n. 56511/16, *Caso Mercan contro Turchia* s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte giust., sez. II, 21.12.2016, causa C-654/15, L Ab c. M a/s s.m.

Corte giust., sez. VI, sentenza 15.12.2016, causa C-667/15, *Nationale Loterij* s.m.

Corte giust., 22.10.2015, Causa C-277/14, PPUH Stehcemp sp. j. c. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi (con nota di Valentino)

Sommario annuale

Articoli di dottrina e note e a sentenza

Diritto e procedura civile

Titolarità del sottotetto e ripartizione delle spese condominiali
n. 1/2016 - 10
di Vincenzo Pappa Monteforte

Il diritto alla somministrazione di farmaci ad "uso compassionevole": quando una malattia rara non basta.
Nota a Tribunale di Campobasso, ordinanza di rigetto del 16 gennaio 2016, n. 317
n. 1/2016 - 16
di Elia Scafuri

Sovraindebitamento: il primo decreto di omologa del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere.
Nota a Trib. S.M. Capua Vetere, sez. III fall., decreto 6 maggio 2013
n. 1/2016 - 25
di Leone Massa

Sulla clausola risolutiva espressa e pronuncia dichiarativa ex art. 1456 c.c.: principio di buona fede e divieto di abuso del diritto.
Nota a Corte di Cassazione, sez. I, 23 novembre 2015, n. 23868
n. 1/2016 - 31
di Dario Berrino

Sulla inopponibilità, all'acquirente di bene immobile, del contratto di comodato stipulato in precedenza dall'alienante.
Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 18 gennaio 2015, n. 664
n. 1/2016 - 38
di Ylenia Zaira Alfano

Sul risarcimento dei danni da nascita indesiderata.
Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2015, n. 25767
n. 1/2016 - 42
di Pietro Sorrentino

Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette
n. 2/2016 - 284
di Francesco Fimmanò

Prelazione convenzionale. Tutela del prelazionario e limiti all'autonomia privata
n. 2/2016 - 300
di Valentina Pappa Monteforte

Somministrazione di lavoro nel Jobs Act
n. 2/2016 - 313
di Anna Maria Beneduce

Sull'utilizzo illegittimo del rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato: inquadramento normativo e diritti del lavoratore secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072
n. 2/2016 - 322
di Ylenia Zaira Alfano

Sulla validità delle donazioni di beni altrui.
Nota a Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068
n. 2/2016 - 338
di Dario Berrino

Sul valore e sull'impugnabilità dell'accordo transattivo con il lavoratore.
Nota a Trib. Napoli, sez. lav., 15 marzo 2016, n. 2222
n. 3/2016 - 348
di Pietro Sorrentino

Usura: gli interessi moratori e la commissione di massimo scoperto nel confronto di dati omogenei. Panoramica sulle recenti evoluzioni della giurisprudenza di merito
n. 3/2016 - 590
di Antonio De Simone

Ostruzionismo del socio e impossibilità di funzionamento dell'assemblea nella s.r.l.

Nota a Trib. Napoli, sez. spec. in materia d'impresa, ord. 30 dicembre 2015
n. 3/2016 - 605
di Pietro Paolo Ferraro

La tutela costituzionale della proprietà e del risparmio nel socio uscente della banca popolare. Note minime ad una recente ordinanza del Tribunale di Napoli
n. 3/2016 - 618
di Luca Longhi

La forma scritta in un contratto di locazione ad uso abitativo: nullità assoluta o nullità di protezione?
Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214
n. 3/2016 - 625
di Virginia Giusti

Suscettibilità di revocatoria ordinaria degli atti di disposizione concordati nell'ambito degli accordi di separazione consensuale.
Nota a Cass civ., sez. VI, ordinanza 26 gennaio 2016, n. 1404
n. 3/2016 - 639
di Roberto Dante Cogliandro

Sulla validità della clausola claims made relativa al contratto di assicurazione.
Nota a Corte di Cassazione, sez. un, 06 maggio 2016, n. 9140
n. 3/2016 - 652
di Gaetano Scuotto

Fisco e sequestro del conto corrente: talune movimentazioni bancarie sospette hanno un valore indiziario sufficiente, in assenza di elementi di segno contrario, ad integrare il cd. fumus commissi delicti.
Nota a Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2016, n. 25451
n. 3/2016 - 663
di Ylenia Zaira Alfano

Sull'autonoma risarcibilità della lesione al diritto all'autodeterminazione.
Nota a Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2016, n. 10414
n. 3/2016 - 669
di Pietro Sorrentino

La sorte dei contratti pendenti fra disdetta e recesso - n. 4/2016 - 860
di Maria Costanza

Considerations on some Italian law provisions concerning the dissolution of companies
n. 4/2016 - 864
di Francesco Cossu

Riflessioni sull'equilibrio delle prestazioni nei rapporti tra imprese tra neoformalismo e tutela del mercato n. 4/2016 - 872
di Gianluca Tarantino

Il consumatore abilitato alle procedure di ristrutturazione del debito.
Nota a Cassazione civ., sez. I, 1 febbraio 2016, n. 1869
n. 4/2016 - 881
di Flora Pirozzi

Sulla eventuale responsabilità degli Ordini professionali in relazione ai giudizi di congruità sulla parcella del singolo professionista.
Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 2 agosto 2016, n. 16065
n. 4/2016 - 890
di Rosa Abagnale

Sulla tenuta della cartella clinica e nesso eziologico in relazione alla responsabilità.
Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 31 marzo 2016, n. 6209
n. 4/2016 - 895
di Gaetano Scuotto

Sulla natura contrattuale della responsabilità medica ed il riparto dell'onere della prova.
Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 7 luglio 2016, n. 8505
n. 4/2016 - 900
di Pasquale Mautone e Antonella Storti

La donazione di beni altrui e parzialmente altrui tra nullità, inefficacia ed astratta idoneità quale titolo ad usucapionem. Una nota di aggiornamento
n. 5/2016 - 1040
di Francesco Rinaldi

Gli effetti della sentenza di revoca del fallimento alla luce dei principi del giusto processo
n. 5/2016 - 1052
di Giovanni La Croce

Elementi civilistici in diritto amministrativo: una sparizione annunciata?
n. 5/2016 - 1065

di Riccardo Sabato

Compensazione dei criteri sub iudice: la certezza del credito.
Nota a Cassazione civ., sez. un., 15 novembre 2016, n. 23225
n. 5/2016 - 1074
di Marco Ingenito

Sugli effetti permanenti dell'istanza di ammissione al passivo: la prescrizione si interrompe anche con riferimento al condebitore solidale del fallito.
Nota a Cassazione civ., sez. lav., 30 agosto 2016, n. 17412
n. 5/2016 - 1087
di Ylenia Zaira Alfano

Sulla natura della responsabilità precontrattuale.
Nota a Cassazione civ., sez. I, 12 luglio 2016 n. 1418
n. 5/2016 - 1092
di Dario Berrino

Sul diritto all'indennità per la perdita di avviamento in ipotesi di locali siti all'interno di centri commerciali.
Nota a Cassazione civ., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18748
n. 5/2016 - 1104
di Pietro Sorrentino

Le conseguenze sanzionatorie della successione illegittima di contratti a termine nel pubblico impiego n. 6/2016 - 1246
di Marcello D'Aponte

Veritas filia temporis: "luci" e "ombre" nel nuovo articolo 120 tub
n. 6/2016 - 1262
di Carmine Ruggiero

Sull'obbligo di vigilanza e di controllo del Ministero della Salute sull'importazione e commercializzazione nel territorio dello Stato Italiano di protesi mammarie di tipo P.I.P. (fabbricate e commercializzate in Francia dalla Poly Implant Prothese).
Nota a Trib. Napoli, sez. civ. VIII, 06 ottobre 2016, n. 10950, Giud. M. Amura
n. 6/2016 - 1275
di Pasquale Mautone e Alessandra Riccardi

Cartelle di pagamento e termine di prescrizione: il credito si prescrive in cinque anni anche se la cartella è tardivamente impugnata.
Nota a Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2016, n. 23397
n. 6/2016 - 1285
di Ylenia Zaira Alfano

Sul diritto dei nipoti non conviventi con la vittima dell'illecito al risarcimento dei danni da perdita del rapporto affettivo.
Nota a Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230
n. 6/2016 - 1297
di Pietro Sorrentino

Diritto e procedura penale

La disciplina dei compensi dell'amministratore giudiziario dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 177 del 2015
n. 1/2016 - 62
di Domenico Posca

Il reato di maltrattamento in famiglia
n. 1/2016 - 76
di Antonio Maddaluno

Buona fede dei terzi creditori nella confisca antimafia: la Cassazione alle prese con un coraggioso "cambio di rotta".
Nota a Cassazione Penale, II Sezione, sentenza 11 giugno 2015, n. 41353
n. 1/2016 - 80
di Carmine Ruggiero

Le squadre investigative comuni: l'inveramento nell'ordinamento italiano di un atteso strumento di cooperazione giudiziaria
n. 2/2016 - 362
di Francesca Savignano

Gli effetti processuali della nomina a difensore di fiducia effettuata dal rappresentante suspectus.
Nota a Corte di Cassazione, sez. V penale, 21 dicembre 2015, n. 50102
n. 2/2016 - 375
di Alfonso Laudonia

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

2015, Pennacchini
n. 2/2016 - 389
di Aldo Franceschini

Criminalità informatica e cooperazione giudiziaria. Servono davvero nuovi network?
n. 3/2016 - 682
di Francesca Savignano

Le detenute-madri e nuovi rapporti con la struttura carceraria, alla luce della legislazione italiana ed europea
n. 3/2016 - 695
di Claudia Ardolino

Il requisito dell'omogeneità nell'ambito del sindacato costituzionale sulla decretazione d'urgenza. Brevi riflessioni in attesa del referendum di autunno. *Nota a Corte Costituzionale Sentenza n. 94/2016*
n. 3/2016 - 712
di Maria Cristina Amoroso

La nuova legge in tema di omicidio stradale e lesioni personali stradali
n. 4/2016 - 918
di Goffredo Di Nota

Furto tentato e/o consumato: breve rassegna delle decisioni nei Tribunali italiani dopo la pronunzia della sez.un. 52117/2014.
Nota a Corte di Appello di Napoli, sez. V, sentenza 23.01.2015 e sez. III, sentenza 13.01.2015
n. 5/2016 - 1116
di Maria Cristina Amoroso

Le modifiche al sistema delle misure cautelari tra aspettative e impatto reale.
Nota a Cassazione penale, sez. II, sentenza 20 settembre 2016, n. 43688
n. 5/2016 - 1120
di Alessandro Jazzetti e Maria Laura Vitiello

Delega di funzioni e responsabilità per il delitto di falso.
Nota a Cass. penale, sez. V, sentenza 13 giugno - 27 luglio 2016, n. 32793
n. 6/2016 - 1312
di Francesca Picierno

Autoriciclaggio. I requisiti modali della condotta. *Nota a Cass. penale, sez. II, sentenza 28 luglio 2016, n. 33074*
n. 6/2016 - 1320
di Nicola Roberto Panariello

Diritto amministrativo

Principio di affidamento e retroattività delle leggi-provvedimento
n. 1/2016 - 120
di Flaviana Margherita D'Amico

La disciplina delle società a totale partecipazione pubblica. L'approdo dal Giudice del lavoro.
Nota a Tribunale di Napoli, sez. lavoro, 27 gennaio 2016, n. 744
n. 1/2016 - 126
di Almerina Bove

Reclutamento del personale presso la P.A.: reclutamento speciale a regime, artt. 30, 34, 34-bis, 35 del d.lgs. 165/2011 s.m.i.; aziende speciali; procedure di mobilità; proroga della durata del contratto oltre i 36 mesi
n. 2/2016 - 434
di Francesco Rinaldi e Luigi Molvetti

Divieto per le P.A. di conferire incarichi ai soggetti "collocati in quiescenza": profili di possibile illegittimità costituzionale
n. 2/2016 - 441
di Giuliano Taglianetti

Prevenzione della corruzione ed estensione delle garanzie procedimentali
n. 3/2016 - 740
di Ilaria Fossataro

Oneri di sicurezza: l'Adunanza Plenaria anticipa la Corte di Giustizia e precisa il suo orientamento
n. 4/2016 - 944
di Benedetta Rossella Setta

Il Commissario ad Acta nei giudizi di esecuzioni nei confronti delle PubblicheAmministrazioni
n. 5/2016 - 1138
di Flaviana Margherita D'Amico

Condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica
n. 6/2016 - 1342
di Roberto Dante Cogliandro e Vittorio Sabato Ambrosio

Market abuse: Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio
n. 6/2016 - 1351
di Luigi Giordano e Andrea Nocera

Il principio di sussidiarietà alla luce della riforma costituzionale
n. 6/2016 - 1360
di Michele Palagano, Chiara Sangiuolo, Luca Stanziola

Diritto tributario

Prescrizione e decadenza della pretesa tributaria: il caso delle tasse automobilistiche
n. 1/2016 - 144
di Michele Buonauro

Il nuovo credito d'imposta per il mezzogiorno
n. 1/2016 - 153
di Antonio Miele e Francesco Mastrantuono

Problematiche ancora aperte per la tassazione dell'atto dispositivo dei trust
n. 2/2016 - 456
di Clelia Buccico

Il contraddittorio endoprocedimentale nell'accertamento tributario: l'esame della giurisprudenza della Suprema Corte
n. 2/2016 - 472
di Stanislao De Matteis

Abuso del diritto o elusione fiscale: la legittimità costituzionale delle valide ragioni economiche
n. 3/2016 - 756
di Eduardo Maria Piccirilli

Breve excursus in tema di tassazione degli impianti fotovoltaici
n. 3/2016 - 958
di Maria Pia Nastri

La disciplina della condizione nel diritto fiscale e le sue applicazioni nella giurisprudenza tributaria.
Nota a C.T.P. Napoli, sez. n. XIV, 24 maggio 2016, n. 14390/2015
n. 5 /2016 - 1148
di Luca Stanziola

Trasferimento d'azienda ed elusione fiscale prima e dopo la codificazione dell'abuso del diritto
n. 6/2016 - 1376
di Giuditta Merone

Diritto internazionale

Le frodi in campo IVA e il principio di effettività del sistema sanzionatorio negli ordinamenti statali.
Nota a Corte di Giustizia, 16 dicembre 2014, Cause riunite C- 131/13, C 163/13 e C- 164/13
n. 1/2016 - 160
di Luigi Valentino

Competenza giurisdizionale in materia di obbligazioni alimentari in favore dei figli minori contestuale a procedimento di separazione dei genitori.
Nota a Corte di Giustizia, 16 luglio 2015, C184/14
n. 1/2016 - 172
di Assunta Angela Maria Conzo

Misure d'integrazione: quando l'integrità dei "confini" statali fagocita l'integrazione del cittadino "straniero"?
Nota a Corte giust., 9 luglio 2015, causa C-153/14, Minister van Buitenlandse Zaken c K. e A.
n. 3/2016 - 770
di Tania Tafuri

La sentenza dell'High Court Of Justice nel giudizio sulla legittimità della Brexit senza approvazione del Parlamento.
Nota a High Court Of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Cases: CQ/3809/2016 e CO/3281/2016, sentenza del 03/11/2016
n. 5/2016 - 1164
di Francesco Romanelli

La sospensione dei diritti fondamentali in Turchia alla prova dell'articolo 15 CEDU
n. 6/2016 - 1386
di Marco Fasciglione

In "viaggio" verso la Cittadinanza europea, nel solco tracciato dalla Corte di giustizia e nelle sue varie declinazioni
n. 6/2016 - 1396
di Michela Monaco

L'onere probatorio nelle frodi IVA tra statuizioni europee e giurisprudenza statale.

Nota a della Corte di Giustizia, 22 ottobre 2015, Causa C-277/14, PPUH Stehcemp sp. j. c. Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi
n. 6/2016 - 1403
di Luigi Valentino

Ordinamento giudiziario

Le sanzioni disciplinari nei confronti dei componenti delle commissioni tributarie regionali e provinciali
n. 1/2016 - 192
di Roberto Vittorio Felicità

La ennesima mini riforma dell'Ordinamento Giudiziario. Commento organico agli articoli da 1 a 6 del d.l. n. 168 del 2016
n. 3/2016 - 988
di Nicola Graziano

Il nuovo volto del giudizio in Cassazione: misure organizzative e procedimentali
n. 5/2016 - 1184
di Nicola Graziano

Sintesi degli atti processuali e prospettive de iure condendo: tanto rumore per nulla?
n. 6/2016 - 1420
di Luigi Levita

Focus

a cura di Mariano Valente

Diritto civile

In caso di danni ad immobili di proprietà privata, causati da difetti di manutenzione di beni demaniali, soggetto responsabile e, dunque, legittimato passivo in giudizio, è l'ente che ha la disponibilità materiale degli stessi ed esercita, dunque, un potere concreto sulla res
n. 1/2016 - 200
di Chiara Esposito

La professione intellettuale ed il fenomeno di impresa alla luce del diritto "euronitario": il labile confine fra decoro della professione e principio di libera concorrenza a seguito della sentenza del Consiglio di Stato, 22.03.2016, n. 11064
n. 2/2016 - 524
di Alba De Bernardo e Daniele Graziano

Casi in cui l'utilizzo di GPS ad opera di società investigative genera l'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 37, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 196/03
n. 3/2016 - 794
di Chiara Esposito e Maria Giugliano

La legge sopravvenuta modifica il termine di prescrizione non ancora maturato?
n. 4/2016 - 994
di Eva Aurilia

Sulla possibilità di ricorrere allo strumento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. in materia di licenziamenti, rispetto ai quali opera lo speciale "rito Fornero"
n. 5/2016 - 1192
di Francesco Di Sabato

Gli accordi regolativi della crisi familiare: prima e dopo la riforma introdotta dal d.l. n. 132/2014, con particolare riguardo alla problematica inerente alla trascrizione di quelli aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali immobiliari
n. 6/2016 - 1470
di Francesca Perrotta

Diritto penale

Il conguaglio INPS di contributi previdenziali e assistenziali non versati al lavoratore: le oscillazioni giurisprudenziali tra reato di truffa, appropriazione indebita e quello di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316-ter c.p.
n. 1/2016 - 203
di Giacomo Romano

La responsabilità di un portale online per la pubblicazione di un post offensivo all'interno di un forum
n. 2/2016 - 528
di Giacomo Romano

La nuova causa di non punibilità per estinzione del debito tributario rimessa al vaglio della Consulta
n. 3/2016 - 797
di Giacomo Romano

Il sequestro preventivo perde efficacia con la sentenza di condanna non definitiva ed i beni devono essere restituiti all'avente diritto
n. 4/2016 - 997
di Giacomo Romano

Problemi in ordine all'applicazione delle misure di prevenzione per i condannati a pene di lunga durata
n. 5/2016 - 1195
di Giacomo Romano

Problemi e riflessioni sulla partecipazione all'organizzazione terroristica "Stato islamico"
n. 6/2016 - 1475
di Giacomo Romano

Diritto amministrativo

L'istanza cautelare alla luce delle nuove pronunce giurisprudenziali: le finalità dell'istituto, le caratteristiche e i limiti oltrepassati i quali l'istanza cautelare nel processo amministrativo perde la sua essenza, diventando un mero strumento di abuso del processo
n. 1/2016 - 207
di Rosanna Massaro

L'ordinanza collegiale emanata, in fase cautelare, dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a. ai fini della celere fissazione dell'udienza di merito: risvolti pratici dell'istituto
n. 2/2016 - 534
di Elia Scafuri

Abusivismo edilizio destinato allo svolgimento di attività imprenditoriale: illegittimità dell'ordinanza per "pretesa lottizzazione abusiva"
n. 3/2016 - 800
di Elia Scafuri

Le Fondazioni lirico-sinfoniche alla luce della legge n. 160/2016: un passo verso la privatizzazione sostanziale?
n. 4/2016 - 1002
di Elia Scafuri

Sulla legittimità delle interdittive antimafia "a cascata", ovvero basate esclusivamente sui legami associativi tra imprese
n. 5/2016 - 1200
di Elia Scafuri

Enti pubblici: l'istituzione della sezione separata di archivio storico ex art. 30, comma 4, d.lgs. 42/2004
n. 6/2016 - 1480
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo

Una depenalizzazione nuova
n. 1/2016 - 212
di Giuseppe Sassone

La riforma dei reati tributari: luci e ombre di un intervento normativo - I parte: direttive di politica criminale, nuove definizioni e modifiche in materia di dichiarazione
n. 1/2016 - 216
di Raffaele Muzzica

La riforma dei reati tributari: luci e ombre di un intervento normativo - II parte: le ulteriori modifiche in materia di dichiarazione, versamento, e di cause di estinzione e circostanze del reato
n. 1/2016 - 226
di Valeria Bove

La riforma dei reati tributari: luci e ombre di un intervento normativo - III parte: la confisca tributaria e l'impegno del contribuente, tra occasioni perse e nebulosità normative
n. 1/2016 - 240
di Paola Borrelli

I controlli a distanza dei lavoratori nel sistema del Job Act: la reale portata innovativa della norma, fra ideologia e reali esigenze di protezione
n. 1/2016 - 252
di Matilde Pezzullo

Il leasing finanziario abitativo
n. 1/2016 - 260
di Teodora Scarfò

La revisione della disciplina degli interpelli, la riforma del contenzioso tributario e il processo tributario telematico
n. 2/2016 - 542
di Maria Grazia Savastano

La rappresentanza in giudizio dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro
n. 2/2016 - 563
di Guglielmo Cinque

Procedure semplificate di recupero dei crediti garantiti da pegno o ipoteca e ulteriori misure di "efficientamento" del processo esecutivo. A proposito del d.l. n. 59 del 2016

n. 3/2016 - 808
di Alessandro Auletta

I nuovi reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali: una prima lettura
n. 3/2016 - 821
di Giuseppe Sassone

Il d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 29 in tema di risoluzione dei conflitti tra procedimenti penali
n. 3/2016 - 831
di Paola Borrelli

La riforma del Terzo settore. Prime considerazioni
n. 3/2016 - 838
di Marina Comenale Pinto

Il licenziamento disciplinare nelle ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio dei pubblici dipendenti: peculiarità, anomalie e aspetti positivi
n. 4/2016 - 1010
di Guglielmo Cinque

La svolta nei rapporti affettivi: unioni civili e convivenze nella legge 20 maggio 2016 n. 76
n. 5/2016 - 1208
di Teodora Scarfò

L'aggravante di negazionismo, tra vincoli di matrice sovranazionale e legislazione simbolica
n. 5/2016 - 1017
di Giuseppe Visone

Disposizioni integrative e correttive introdotte dal d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129: superate le criticità della riforma del 2014?
n. 6/2016 - 1490
di Valeria Bove

"Fatta la legge trovato l'inganno". Il decreto correttivo del Jobs Act: la tracciabilità dei voucher come rimedio al proliferare del lavoro "nero" che si voleva contrastare
n. 6/2016 - 1499
di Matilde Pezzullo

Giapeto Editore

Modulo di abbonamento

Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale di diritto
- commerciale
- tributario
- civile
- penale
- amministrativo
- internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico a dieci anni dal *caso Napoli*
FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale
ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione delle cause di esclusione nella disciplina dei contratti pubblici
FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

sei numeri della rivista comodamente a casa tua

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 556 06 01

DATI DEL DESTINATARIO ○ nuovo abbonamento ○ rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale ____ nome ____

partita iva e/o codice fiscale ____ e-mail ____

indirizzo ____ n. ____ cap ____

città ____ pr ____ tel. ____

☐ Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie › Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spediscilo, insieme alla ricevuta del pagamento
per posta in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli
via fax inviandoli allo 081 00 93 598
@ **per email** a: info@giapeto.it