

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Marzo - Aprile 2017

Zone Economiche Speciali, nuove frontiere dello sviluppo

ADRIANO GIANNOLA

Il preliminare di preliminare e il diritto alla provvigione del mediatore

ROBERTA UMMARINO

Ne bis in idem e diritto vivente nell'ordinamento multilivello: il fatto nella dimensione empirica delineata dalla consulta.

Nota a Corte costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200

SALVATORE IOPPOLI

Le misure dirette a favorire l'adempimento tributario delle p.m.i.: una visione comparata

ENZA SONETTI

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

marzo - aprile 2017

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 10 - Numero 2 - Marzo/Aprile 2017

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

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

EDITORE

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

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI VALUTAZIONE

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

Rassegne di giurisprudenza a cura di

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

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

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

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Tavolaro stampa, Napoli - maggio 2017

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

ZONE ECONOMICHE SPECIALI, NUOVE FRONTIERE DELLO SVILUPPO	173
di Adriano Giannola	

L'osservazione

CON L'AUTO DELL'UNIVERSITÀ UN IMPEGNO SEMPRE PIÙ FORTE CONTRO LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA	180
di Domenico Cuttaia	

Diritto e procedura civile

L'AMBITO APPLICATIVO DEL FORUM DESTINATAE SOLUTIONIS SECONDO LE SEZIONI UNITE. OSSERVAZIONI A MARGINE DI SS.UU. N. 17989 DEL 13 SETTEMBRE 2016	184
di Gianluca Cascella	
LUCI ED OMBRE SULLA BUONA FEDE: TRA CONTROLLO DI MERITEVOLEZZA E "APRISCATOLE GIURIDICO"	191
di Riccardo Sabato	
IL PRELIMINARE DI PRELIMINARE E IL DIRITTO ALLA PROVVISORIE DEL MEDIATORE	200
di Roberta Ummarino	
SULLA IMMERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA CLAIMS MADE PRIVA DI POSTUMA INSERITA IN UN CONTRATTO DI ASSICURAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III civ., 28 aprile 2017, n. 10506</i>	211
di Gaetano Scuotto	
SUL CONTRATTO DI LOCAZIONE "IN NERO": LA REGISTRAZIONE TARDIVA SANA IL CONTRATTO CON EFFICACIA <i>EX TUNC</i> . <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza 28 aprile 2017, n. 10498</i>	219
di Ylenia Zaira Alfano	
INSTITUTIO <i>EX RE CERTA</i> E L'ALIENAZIONE TOTALE O PARZIALE DEI BENI CHE NE FORMANO OGGETTO PRIMA DELLA MORTE DEL <i>DE CUIUS</i> . <i>Nota a Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2017, n. 6972</i>	231
di Maryna Vahabava	
SULLE RICHIESTE DI RISARCIMENTO A SEGUITO DI SINISTRI STRADALI MORTALI: PRESUPPOSTI E PROVA DEI DANNI. <i>Nota a Trib. Napoli, sez. VIII civ., 20 febbraio 2017, n. 2137</i>	237
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	255
a cura di Mario de Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	257
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	

Diritto e procedura penale

RISOLTO IL CONTRASTO SULLA SORTE DELLE STATUZIONI CIVILI PER I REATI DEGRADATI A ILLECITI CIVILI CON IL D.LGS. N. 7/2016. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 7 novembre 2016, n. 46688</i>	262
di Sisto Macchiarelli	
<i>NE BIS IN IDEM</i> E DIRITTO VIVENTE NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO: IL FATTO NELLA DIMENSIONE EMPIRICA DELINEATA DALLA CONSULTA. <i>Nota a Corte costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200</i>	279
di Salvatore Ioppoli	
IL NUOVO DELITTO DI INQUINAMENTO AMBIENTALE AL VAGLIO DELLA NOMOFILACHIA. N. 7/2016. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170</i>	298
di Aldo Cimmino	
<i>Cass. pen., sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819 - Pres. Nappi, Rel. Vessicelli</i>	304
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	313
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	317
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	321
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI. IL SISTEMA UNICO DI QUALIFICAZIONE. IL DGUE. IL RATING D'IMPRESA ED IL SISTEMA SOA. L'AVVALIMENTO	326
di Rossella Verderosa	
LA DETERMINAZIONE DELLA TARIFFA DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO OGGI TRA COMUNI, ENTI D'AMBITO E AEEGSI. <i>Nota a T.a.r. Lombardia, sez. II, 27 settembre 2016, n. 1749</i>	341
di Luca Longhi	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	352
a cura di Almerina Bove	

Diritto tributario

LE MISURE DIRETTE A FAVORIRE L'ADEMPIMENTO TRIBUTARIO DELLE P.M.I.: UNA VISIONE COMPARATA	358
di Enza Sonetti	
LA NUOVA CONTABILITÀ SEMPLIFICATA PER CASSA	364
di Antonio Miele e Maria Luisa Miele	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE	368
a cura di Maria Pia Nastri	

Diritto internazionale

L'ESCLUSIONE DALLO STATUS DI RIFUGIATO PER I PARTECIPANTI ALLE ATTIVITÀ DI UNA RETE TERRORISTICA. <i>Nota a Corte di Giustizia (Grande Sezione), 31 gennaio 2017, causa C-573/14, Commissaire general aux refugies et aux apatrides c. Mustafa Lounani</i>	372
di Fortuna Giovarelli	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	384
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli	

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE	
Il diritto di assunzione del vincitore di concorso pubblico e la responsabilità della p.a.	390
di Giacomo Romano	
DIRITTO PENALE	
La lista Falciani tra inutilizzabilità della documentazione, obblighi di fedeltà del dipendente verso l'istituto datore di lavoro e tutela della riservatezza dei dati bancari.	397
di Antonella D'Errico	
DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO	
Sulla "temporalizzazione" della detenzione dei documenti amministrativi ostensibili dopo la conclusione del procedimento.	401
di Elia Scafuri	

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RIFORMA DEI PROCESSI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE E PROTEZIONE INTERNAZIONALE	410
di Federico Lume	
I FURBETTI DEL CARTELLINO PARTE SECONDA: IL DECRETO MADIA "CORRETTIVO" SUL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NEL PUBBLICO IMPIEGO	423
di Matilde Pezzullo	

Recensioni

IL DIRITTO PENALE DEL NEMICO TRA DELITTO DI ASSOCIAZIONE POLITICA E MISURE DI CONTRASTO AL TERRORISMO INTERNAZIONALE, a cura di Ubaldo Nazzaro, Quaderni dell'accademia pontaniana, pp. 11-208 ..	432
di Giuseppe Amarelli	

INDICE DELLE SENTENZE	435
-----------------------------	-----

Adriano Giannola
Presidente SVIMEZ

Editoriale

Zone Economiche Speciali, nuove frontiere dello sviluppo

Premessa

Si insiste da tempo, nei Rapporti SVIMEZ sull'Economia e in più specifici approfondimenti di ricerca su come e perché il Mezzogiorno rappresenti la grande opportunità per avviare un percorso durevole di ripresa e di trasformazione dell'economia italiana.

In diverse occasioni, l'Associazione ha ribadito l'esigenza di definire una strategia articolata su alcune direttrici di intervento prioritarie e tra loro fortemente interconnesse, funzionali alla promozione dello sviluppo.

Per affrontare la crisi di competitività del Sud e dell'intero Paese, occorre attivare una politica capace di interpretare e coerentemente sviluppare una prospettiva euromediterranea: logistica a valore, energie rinnovabili, rigenerazione urbana e ambientale, agroalimentare e reindustrializzazione, sono i terreni sui quali praticare una logica industriale finalizzata a tradurre in pratica il proposito di "cambiare verso" al Paese, attualmente poco più di uno slogan.

Il costo dell'inerzia

Fin dall'inizio della crisi, l'azione di politica economica è stata orientata a "mettere i conti pubblici in ordine" adottando la strategia dell'austerità espansiva, con il risultato di far letteralmente crollare non solo la dinamica (esangue fin dalla fine degli Anni '90) ma financo il livello del prodotto lordo e – di conseguenza – di far lievitare anziché ridurre il rapporto debito/PIL e di alimentare una devastante disoccupazione di massa. Ancora oggi dobbiamo registrare con preoccupazione che prosegue una linea di condotta apparentemente meno fondamentalista ma parimenti incapace di mettere in moto l'economia.

Si teorizza infatti che sia essenziale procedere per riforme "strutturali", strappando margini di

flessibilità in Europa e che lo Stato debba rimanere nel ruolo di mero regolatore di un mercato, al quale affidare il compito di realizzare il rilancio dell'economia. Questa consolidata prassi di "inerzia riformista" sembra incapace di porre mano al necessario riposizionamento strategico e alle urgenze sociali del Paese. Appena ieri (24.5.2016) il Fondo Monetario Internazionale a conclusione della sua visita in Italia osserva: «...Il governo con le sue politiche prevede di realizzare una crescita in Italia dell'1,1% quest'anno e del 1,25% nel 2017 e nel 2018. Questa previsione rischia di rivelarsi ottimistica a causa della volatilità dei mercati finanziari, dell'eventuale Brexit, dell'aumento del fenomeno dei rifugiati, del rallentamento del commercio mondiale...». E aggiunge «...Questo ritmo di crescita implica che l'attività produttiva tornerebbe ai livelli del 2007 soltanto alla metà degli Anni '20, allargandosi così la forbice con la crescita media dell'area dell'euro».

A commento si è giustamente detto che «...si sarebbero dovute sentire le proteste del governo... Invece il silenzio, che è l'indice più certo della rassegnazione. Ma non doveva il governo cambiare il verso all'Italia? Tutto è lecito tranne il silenzio e la rassegnazione». La profezia risulta tutt'altro che infondata: c'è il rallentamento del commercio mondiale, c'è stata la Brexit, il fenomeno dei rifugiati è in espansione e la volatilità dei mercati è una delle poche cose stabili. E già il Governo ha dovuto rivedere, nettamente al ribasso, le previsioni per il 2016, 2017, 2018 e 2019 ((0,8%, 1,0%, 1,0%, 1,0%); correzioni peraltro ritenute ancora (aprile 2017!) ottimistiche. Di questo passo non a metà, ma piuttosto verso la fine degli Anni '20 del secolo ritorneremo al PIL del 2007 (il Centro-Nord dovendo recuperare 8 punti ed il Sud oltre 12 punti). Persuasi che, non possiamo accontentarci di agganciare le incerte vicende del-

la ripresa internazionale, l'esigenza fondamentale è capire quali siano le nostre potenzialità per recuperare più rapidamente le perdite cumulate dal 2007. Se cioè in questa fase critica e fluida del processo di globalizzazione vi sia una realistica possibilità non solo di risalire più rapidamente dal precipizio imposto al Paese dalla Austerità ma anche di sanare gli effetti territoriali drammaticamente asimmetrici (Tabella 1).

Tabella 1. Effetti asimmetrici dell'Austerità

Paesi	1996-2000	2001-2007	2008-2014	2014	2015	2008-2015	1996-2015
Mezzogiorno	10,5	4,5	-13,2	-1,2	1,0	-12,3	1,3
Centro-Nord	10,3	9,7	-7,8	-0,1	0,7	-7,1	12,5
Italia	10,4	8,5	-9,0	-0,3	0,8	-8,3	9,8
Unione Europea (28 paesi)	15,4	17,0	0,9	1,4	2,0	2,9	38,8
Area dell'euro (18 paesi)	14,8	14,7	-0,9	0,9	1,7	0,8	32,7
Area non Euro	18,3	23,9	6,1	2,7	2,8	9,0	59,8
Germania	10,0	10,2	5,3	1,6	1,7	7,1	29,7
Spagna	22,2	27,7	-6,3	1,4	3,2	-3,3	50,9
Francia	15,4	13,8	2,6	0,6	1,3	3,9	36,5
Grecia	19,6	32,0	-26,0	0,7	-0,2	-26,2	16,6

Fonte: SVIMEZ-ISTAT

L'opzione euromediterranea

Puntare ad agganciare la "ripresa", oltre ad imporre una penosa, lunga fase di transizione, nella migliore delle ipotesi, ripropone al Paese la prospettiva, in un futuro non proprio prossimo, della stagnazione che precedeva il 2007 e, per di più, in condizioni strutturali peggiori con una disoccupazione di massa concentrata in un Sud in ginocchio. Vuol dire anche affidarsi ancora all'unico traino rappresentato dalle esportazioni che, a dire il vero, proprio perché non hanno mai deluso le aspettative anche nel pieno della crisi, confermano ormai una strutturale insufficienza a sanare da sole la

debolezza del Paese. Per comprendere quanto poco soddisfacenti siano le previsioni che ci si propone di realizzare, basta confrontarle con la crescita che sarebbe necessario realizzare nell'ipotesi di riuscire a tornare nel 2020 al livello del reddito al 2007. Il traguardo del 2020, al quale la retorica dell'Unione spesso si richiama, imporrebbe fin da ora una crescita annua del PIL del 2,7% nel Mezzogiorno e dell'1,5% nel Centro Nord (una media nazionale pari all'1,8%). Una lontananza siderale dall'obiettivo dell'(ottimistico) 1% dei nostri documenti ufficiali. Se ci si vuole schiodare da questa prospettiva, è necessario impegnare le risorse disponibili secondo ben precisi criteri di priorità perseguendo una redistribuzione delle risorse in linea con una rigorosa ottimizzazione per efficienza ed efficacia, a sostegno di poche e chiare linee di azione finalizzate all'obiettivo non di una "qualsiasi" crescita bensì di rilanciare lo sviluppo. È in questa prospettiva che viene naturale concludere che il nostro intento prioritario dovrebbe essere quello di cogliere le opportunità che offre al Paese la nostra dimensione euromediterranea. Euromediterraneo, come strategia, vuol dire impegnarsi a riequilibrare le convenienze relative tra Sud e Nord Europa, partecipare in forme nuove e da protagonisti al processo di globalizzazione, da governare e non – come finora – da subire o da inseguire, così da inserirsi e sviluppare percorsi che guardino all'Europa da Sud: una prospettiva resa più che mai realistica proprio dalla centralità logistica che il Mediterraneo ha assunto. La consapevolezza di tale opportunità dovrebbe rendere per noi prioritaria l'infrastrutturazione – fisica e normativa – dei siti strategici che, nel nostro caso, coinvolgono intensamente le aree del Mezzogiorno. L'opzione mediterranea, in altri termini, impone una rivisitazione del tradizionale assetto gerarchico territoriale aprendo il Sud a una prospettiva da interpretare secondo una logica non localistica, bensì di sistema e da consolidare. Il compimento di questa non breve e scontata transizione strutturale può avvalersi di strumenti adeguati all'ambizioso compito e proprio per questo ha molto senso fidare in un ruolo importante dell'istituzione di un Sistema di Zone Economiche Speciali (ZES) nel Sud Italia. Un sistema di ZES rappresenta infatti un ideale strumento bidimensionale, idealmente finalizzato a soddisfare la

duplice, necessaria condizione di “accessibilità” e attrattività” del Sistema Italia. In aggiunta, come si argomenterà più oltre, lo strumento delle ZES, rappresenta una concreta innovazione istituzionale, di estremo rilievo che consente di avviare nel più appropriato dei modi quella fiscalità di sviluppo prevista nell’articolo 2 della legge 42 del 2009 di attuazione del federalismo fiscale, finora – e non per accidente – del tutto disattesa. Superare lo schema Centro-Periferia nell’approccio Nord-Sud è funzionale a ridefinire il rapporto tra macro aree mediterranee e settentrionali dell’UE. Più specificamente, nel nostro caso, aprirsi all’interdipendenza con lo sviluppo di una logistica “a valore” è un requisito essenziale per iniziare a dissolvere la cronica patologica dipendenza meridionale¹. E la ridefinizione, già oggi possibile, di questo rapporto è anche la premessa per dare un futuro alle relazioni con la sponda sud, attualmente “congelate” dal più che precario equilibrio medio-orientale ed africano. Con le ZES si tratta di dar corso – bruciando i tempi e superando intralci – ad una razionale fruizione del “bene posizionale” Italia che “questa” globalizzazione oggettivamente pone come cardine naturale della prospettiva euromediterranea. Un concetto, quello di bene posizionale, concreto e, per noi, di rilievo essenziale ai fini del riposizionamento competitivo del nostro sistema. Il concetto di bene posizionale (che rinvia alle pionieristiche riflessioni di Fred Hirsch, 1977) si declina in molteplici aspetti dai quali promana una rete di connessioni le cui implicazioni sono finora rimaste del tutto trascurate. Beni posizionali per eccellenza sono tanto i siti portuali che i beni culturali: due enormi patrimoni disponibili e sottoutilizzati che, se rimessi nella catena del valore del circuito-mondo, secondo metodi e regole appropriate (qualità infrastrutturale e fruibilità), possono trasformare, da Sud, la decadente stagnazione in stabile sviluppo. È evidente – considerando i porti – come, a parità di costi unitari e offerta di servizi “a terra”, la nostra collocazione consentirebbe al Paese di fruire di una enorme rendita di tipo ricardiano. A questo scopo, il compito di attivare il potenziale vantaggio naturale spetta ad una solerzia produttiva attentamente programmata: un compito di

competenza essenzialmente pubblica. La fruizione della rendita presuppone infatti di realizzare precise azioni che garantiscano – come è possibile fare – livelli di costi unitari relativi e standard dei servizi offerti adeguati. In altri termini solo una accorta politica di valorizzazione dei siti, del loro governo, consente di mettere a frutto il fattore rendita. Il passaggio da valore virtuale a valore effettivo comporta attività e strategie produttive di grande impegno e – fondamentalmente – scelte politiche di medio-lungo termine. Rinverdire la tradizione di una accorta politica pubblica dell’offerta è una indispensabile premessa per attivare questo processo e, quindi, attivare l’afflusso di risorse private. In alternativa, invece della rendita il Paese subisce una perdita secca a vantaggio di chi (nel caso specifico il Nord dell’Unione) ha accortamente predisposto misure adatte a compensare proprio gli svantaggi posizionali. Il perché dell’inerzia (un incompetente e al contempo impotente localismo abbinato alla carenza – ideologico-operativa – di un “centro” privo di strumenti, di visione strategica e anche di memoria) merita evidentemente attenzione perché solo rimuovendo questi fattori di blocco potrà iniziare l’inversione di tendenza. I fattori di blocco sembrano formidabili a giudicare dalle dimensioni del fenomeno. Infatti, mentre il 40% dei traffici mondiali passa per il Mediterraneo solo una quota molto esigua usa (nei due sensi) le sponde italiane. Si entra da Suez e si esce da Gibilterra, per approdare dopo 5 giorni di navigazione aggiuntiva a Rotterdam, Amburgo, ecc. In termini di consumi di energia, di sostenibilità ambientale, di inquinamento, di rispetto dell’ambiente e del clima, questa sequenza è l’esatto contrario degli obiettivi che la UE si prefigge. Dunque, in teoria, l’Europa ha tutto l’interesse a valorizzare e consolidare secondo criteri di realistico bilanciamento un Southern range che faccia da contrappeso e decongestionazioni il ruolo dominante del Northern range proprio in nome di obiettivi vitali come la sostenibilità ambientale, la riduzione dell’inquinamento, un più contenuto ricorso all’utilizzo di risorse energetiche fossili, ecc. e, non da ultimo, per contenere le tensioni territoriali dell’Unione che contraddicono le finalità delle sue politiche di coesione. Il fatto che questo interesse venga vanificato dal razionale calcolo di convenienza centrato sui costi operativi

¹ Forte (2014, 2017), Forte, Siviero (2011), SVIMEZ (2012, 2015, 2016).

testimonia quanto inadeguata sia finora la promozione dell'opzione euromediterranea.

E così, da noi, Gioia Tauro, rischia la cassa integrazione, Taranto è da due anni non operativo, abbandonato dagli investitori cinesi di Evergreen che, dopo una vana attesa, hanno optato per acquistare il porto del Pireo. Si è appena sanata l'annosa vicenda dell'autorità portuale di Napoli che, di conseguenza, sconta i ritardi cumulati. Un panorama che illustra anni di sperpero della potenziale rendita di posizione proprio nelle aree dove più acuta è la crisi. La logistica, in questa dimensione, è politica, politica nazionale e lo Stato dovrebbe responsabilmente assumere il ruolo di regista. Il rafforzamento e il completamento delle reti infrastrutturali diviene perciò una necessaria condizione da soddisfare, l'elemento propulsore che può favorire il processo di integrazione del sistema produttivo meridionale nel mercato internazionale. A questi scopi lo sviluppo della logistica a valore ha un ruolo cruciale per ridisegnare funzioni e ruolo del sistema italiano a scala europea. In tal senso, la proposta SVIMEZ delle Filiere Logistiche Territoriali, rappresenta uno strumento operativo teso a ridurre il gap infrastrutturale che condiziona i settori di eccellenza (si pensi, in primo luogo, all'agroalimentare di qualità) così da assicurare al Sud una maggiore apertura al mercato globale. Nell'ottica hirschmaniana dei linkages, di "una cosa che conduce a un'altra", il potenziale di questa strategia viene rafforzato dall'apporto che il Mezzogiorno può offrire sul fronte delle fonti di energia sia tradizionale che rinnovabile (si pensi alle potenzialità inesprese della geotermia), si aggiunge così quello energetico al vantaggio logistico (che con le ZES significa anche vantaggio fiscale). La rigenerazione territoriale, è parimenti un terreno privilegiato strettamente connesso e che ha come elementi portanti la riqualificazione edilizia, la ristrutturazione urbanistica, l'efficientamento energetico, dando così contenuti al recupero e valorizzazione del patrimonio archeologico, architettonico e artistico, cioè ad un serio approccio al tema dell'industria culturale. Parimenti l'effetto indotto promosso dalla logistica è lo sviluppo della filiera agroalimentare supportato da una convenienza localizzativa per l'agroindustria, che coinvolge tutte le Regioni del Mezzogiorno. Molti ambiti dunque presuppon-

gono delle strategie integrate e lo sviluppo della logistica a valore come traino dell'opzione euromediterranea può risultare l'architrave di questa architettura.

Un ingrediente necessario

Il carattere delle ZES come strumento per realizzare questo cambiamento necessita di articolata riflessione². Si è detto della valenza biunivoca di questo strumento che condiziona l'attrattività di investimenti all'esigenza di una effettiva accessibilità attrezzata del territorio. A questo scopo l'istituzione delle Zone presenta una serie di nodi da sciogliere, di scelte da fare, funzionali ad una effettiva politica di sviluppo. Va sottolineato che esse non sono contenitori standardizzati, prototipi uniformi o rigidi, al contrario possono rappresentare veri e propri laboratori di innovazione, utili per inserire rapidamente nel sistema aspetti di innovazione sia tecnologica che istituzionale; questa loro versatilità risponde ai canoni ed alla evoluzione della nuova configurazione dei sistemi industriali e produttivi in generale. La ZES si propone infatti come una potenziale area che attrae e incardina sul territorio aspetti significativi delle catene del valore, sia per la componente servizi che per la componente tecnologica e della "quasi manifattura" che tipicamente si sviluppa ormai come fenomeno fortemente consolidato proprio nei retroporti organizzati nei cosiddetti distripark. La funzione ZES ha perciò potenzialmente una dimensione al contempo estremamente operativa ma anche sperimentale e, pur se di limitata dimensione, è idonea ad attrarre e insediare molteplici tipologie di imprese, tanto più se si privilegia un sistema "geneticamente" duttile nel senso che, con il disegno delle agevolazioni e delle funzioni, può mirare a specializzazione e/o diversificazione. L'attrattività logistica e fiscale, si rivolge sia a grandi imprese che a sviluppare un indotto di piccole e medie unità operative. Il riscontro di questi molteplici tratti significativi emerge, ad esempio, dall'esperienza del sistema delle 14 Zone Speciali polacche che in meno di un decennio hanno realizzato risultati molto significativi sia quanto ad investimenti (attratti) che di occupazione.

² Sul tema si rinvia a M. D'Amico (2016); INVITALIA (2016).

Tabella 2 – Investimenti e posti di lavoro nelle ZES Polacche, 2005-2015

Anni	Indicatori			
	Investimenti totali (in miliardi PLN*)	Tasso annuale di crescita degli investimenti (in %)	Numero totale di posti di lavoro (in migliaia)	Tasso di crescita dei posti di lavoro (in %)
2005	4,66	113,4	74,6	26,4
2006	5,78	24,1	112,2	50,5
2007	9,72	68,2	146,4	30,5
2008	10,66	9,6	182,4	24,6
2009	10,62	-0,3	210,5	15,5
2010	9,88	-6,9	208,0	-1,2
2011	6,63	-32,9	224,0	7,7
2012	6,45	-2,8	240,8	7,5
2013	6,16	-4,4	247,5	2,8
2014	7,31	18,6	266,7	7,8
2015	7,86	7,5	287,3	7,7

Fonte: Elaborazioni SVIMEZ sui dati pubblicati dal governo polacco sul sito www.paiz.gov.pl

In 10 anni, gli investimenti totali effettuati nelle ZES polacche ammontano a 85,73 miliardi di zlotys; mentre i posti di lavoro creati sono stati 212.700. Così come, in Marocco, la ZES di Tangermed in pochissimi anni ha occupato nel suo retroporto oltre 40000 addetti.

Nelle aree polacche di inasprimento di una zona economica speciale, la disoccupazione è inferiore del 2 o 3%, e il PIL più alto del 7,8%, rispetto alla media delle altre aree.

Qualche indicazione normativa e regolamentare

Dal punto di vista della normativa europea le ZES si riferiscono all'articolo 107 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) che prevede 4 condizioni di ammissibilità: Che la misura abbia origine statale. Che non falsi la concorrenza. Che non incida sugli scambi tra stati membri. Che non dia vantaggi selettivi a specifiche imprese e produzioni.

Condizione preliminare necessaria è l'approvazione di una carta degli aiuti a finalità regionale per Stato membro. Gli aiuti di stato compatibili sono quelli destinati a favorire lo sviluppo di regioni con tenore di vita anormalmente basso. Da questo punto di vista in Italia le zone identificate, per un totale di 20,6 ml abitanti (34% del totale), sono Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sardegna, Sicilia e ciò logicamente in coerenza con la definizione dei territori ammissibili alle politiche di coesione dell'Unione dove rileva la condi-

zione di forte sottoccupazione, del PIL pro-capite inferiore al 75% della media UE, nonché – a complemento – la specificità di zone scarsamente popolate. L'investimento ammesso alle agevolazioni deve essere mantenuto nella zona beneficiaria almeno per 5 anni (tre per PMI) e i beneficiari devono concorrere ad almeno un 25% dei costi ammissibili in forme prive di sostegno pubblico. I livelli di aiuto a progetti di investimento sono tra 10% e 25% dei costi per grandi imprese, maggiorabili del 10% per le medie imprese e del 20% per le piccole imprese. Il Regolamento Generale UE n.651-2014 esenta dall'obbligo di notifica gli aiuti a finalità regionale agli investimenti, al funzionamento e allo sviluppo urbano per gli investimenti delle pmi, per le grandi solo l'investimento iniziale di una nuova attività economica. In tema di agevolazioni fiscali, non prevedendo la legislazione la possibilità di riduzioni dell'IRES, per interventi su questo aspetto occorre un provvedimento legislativo ad hoc. È libera invece la possibilità di incidere sul cuneo fiscale con interventi sull'IRAP, una imposta che già di per sé prevede una banda di oscillazione su base territoriale. Incentivi aggiuntivi specifici di contenimento del costo del lavoro, come condizione di attrazione degli investitori sono ovviamente la fiscalizzazione degli oneri sociali per quote che possono variare dal 45% al 75%. Particolare rilievo, naturalmente, hanno le agevolazioni riguardanti gli oneri doganali: Il regime delle immissioni in libera pratica esenta dagli obblighi doganali le merci destinate ad uno Stato destinatario permettendo di circolare liberamente fatta eccezione per IVA, accise, imposte consumo dovute allo Stato di destinazione. Il regime di deposito doganale: consente lo stoccaggio della merce nel deposito sospendendo il pagamento dei diritti doganali e consentendo di negoziare le merci giacenti come se si trovassero ancora all'estero. Il regime di perfezionamento attivo rende possibile sottoporre all'interno della UE merci non europee a qualsiasi trattamento per riparazione, messa a punto, trasformazione senza oneri doganali (dazi ed IVA) e libere dall'applicazione di misure di politica commerciale. Nelle ZES possono essere previste anche agevolazioni finanziarie a sostegno degli investimenti privati per la realizzazione di interventi complementari e funzionali nelle modalità che deve essere definita con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico. Poiché l'insieme delle

provvidenze configura l'ipotesi di aiuto di Stato, la costituzione delle ZES deve avvenire con provvedimento del Parlamento e, notificata, deve passare il vaglio della Direzione Generale Concorrenza della Commissione Europea per verificarne la conformità ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3 del TFUE. In definitiva l'interesse a istituire ZES deve essere nazionale, motivato dall'obiettivo di accelerare lo sviluppo di ben individuate aree e tale che facciano da traino per tutto il sistema. In questo senso un sistema di ZES prevalentemente localizzate nel Mezzogiorno ben si sposa con la visione euromediterranea perché consente di realizzare il triplice obiettivo di realizzare in tempi rapidi una politica nazionale di sviluppo coerente a perseguire un fondamentale processo di riequilibrio territoriale. Si replica così una politica attiva dell'offerta che, come dimostra il differenziale di impatto della spesa pubblica in conto capitale, ha una efficacia relativamente e significativamente più rilevante nelle aree meridionali (molto più provate dalla crisi) sia sotto il versante del prodotto lordo che dell'occupazione. È inoltre da sottolineare il significato che un sistema di Zone ha sul versante istituzionale, rappresentando la possibilità di avviare una strategia che le individua come uno strumento operativo (o, se si vuole, la via di minor resistenza) per affrontare i molti e complessi passaggi di un mai avviato percorso di attuazione del Federalismo fiscale.

Zone Economiche Speciali e federalismo fiscale

Con la riforma del titolo V del 2001 il Mezzogiorno scompare dalla Costituzione. Ad esso allude solo il quinto comma dell'articolo 119 riformato che attribuisce la potestà esclusiva dello Stato a destinare risorse aggiuntive per programmi straordinari di intervento a favore della coesione sociale. Questo unico nesso specifico, va inquadrato nella restante parte della riforma che garantisce il finanziamento integrale dei diritti essenziali (istruzione, sanità, mobilità) su tutto il territorio nazionale. Di tutto questo poco è stato realizzato, così che – causa la crisi e la gestione asimmetrica dell'austerità – siamo ben lungi dalla garanzia dei diritti fondamentali di cittadinanza sul territorio nazionale. Ciò nonostante che, fin dal 2009, sia in vigore la legge 42 per l'attuazione del federalismo fiscale. In apparenza estraneo al tema, quel-

lo dell'attuazione del federalismo secondo la legge 42 assume un ruolo di primo piano per ragionare su come dar corpo alla strategia dell'opzione euromediterranea. Sembra più che realistico ipotizzare che a tal fine può tornare utile l'applicazione della normativa vigente finora del tutto ignorata. Un esempio è fornito dalla "perequazione infrastrutturale" prevista dalla legge, non solo disattesa ma, anzi, operante in senso opposto. Essa ha visto, sia pur timidamente, un qualche riconoscimento nella disposizione dell'articolo 7-bis della legge 27 febbraio 2017, n.18 che impegna il Governo ad una spesa in conto capitale nei territori pari alla quota della popolazione. Ai nostri fini merita particolare attenzione il fatto che la istituzione di un sistema di ZES nel Mezzogiorno può inquadrarsi come attuazione di un principio generale definito dall'articolo due della legge che prevede "... in conformità con il diritto comunitario ... forme di fiscalità di sviluppo, con particolare riguardo alla creazione di nuove attività di impresa". Il neologismo fiscalità di sviluppo, allude al più popolare concetto di fiscalità di vantaggio. In realtà, con l'allargamento dell'Unione Europea, la fiscalità differenziata più che offrire un vantaggio diviene a mala pena strumento di salvaguardia rispetto al vero e proprio dumping fiscale che l'Irlanda prima e, dal 2004 i nuovi entranti poi, hanno praticato in seno all'Unione. Nel nostro caso, in particolare, alla differenziazione a salvaguardia dal dumping dovrebbe aggiungersi anche una ulteriore diversificazione, questa volta interna al fine di orientare le convenienze coerentemente alle esigenze di un sistema dualistico, cioè territorialmente fortemente differenziato. Il diritto comunitario, come noto, vieta o fortemente limita differenziazioni "interne a un Paese" in ambito fiscale; un dato che risulta particolarmente penalizzante proprio per un sistema dualistico. A nulla finora è valso argomentare che da quando il regime di moneta unica ha eliminato ogni distinzione valutaria tra Stati e Regioni appartenenti ad uno Stato, non ha senso introdurre una inconcepibile asimmetria che non consente difesa di singoli territori – specie se svantaggiati – rispetto alla persistente eterogeneità fiscale tra Stati. È evidente peraltro che nel caso si vogliano promuovere politiche di sviluppo in realtà dualistiche, ciò pone necessariamente l'esigenza dell'adozione di una fiscalità differenziata anche al suo interno

come strumento di promozione della competitività/attrattività territoriale. Finora tutto ciò è stato impossibile, e gli effetti sono evidenti a giudicare dal consuntivo sconsolante delle varie Agende che dal 1998 hanno caratterizzato da noi le cosiddette politiche di coesione. Secondo la Corte di Giustizia Europea una fiscalità di vantaggio “regionale” risulta ammissibile se essa è decisa da un ente dotato di “piena autonomia istituzionale, procedurale e finanziaria” rispetto al governo centrale dello Stato di appartenenza. La Corte, aderisce così ad un’impostazione che nel gergo dei modelli di federalismo è fortemente orizzontale, laddove per le politiche di sviluppo di un sistema dualistico è essenziale mantenere un carattere verticale dell’intervento. È il caso sperimentato con l’IRAP che con la sua banda di oscillazione delle aliquote predeterminata dallo Stato, introduce una competizione fiscale interna che necessariamente favorisce le regioni a maggior capacità fiscale. L’orizzontalità, in una platea multi regionale, non può che incentivare una competizione fiscale che di fatto se può salvaguardare singole posizioni di competitività rispetto a minacce esterne al sistema, non risulta per nulla efficace, ma anzi controproducente per puntare al riequilibrio tra realtà territoriali del sistema. Ecco quindi che un sistema di Zone Economiche Speciali attivabile solo per iniziativa dello Stato e non a discrezione di un ente territoriale, risulta particolarmente adatto oggi come strumento operativo purché sia messo al servizio di un disegno strategico teso, nel nostro caso, a realizzare una politica economica dell’offerta. Nel caso specifico, essa dovrebbe perseguire non l’obiettivo di agganciare la crescita proponendo invece una prospettiva euromediterranea nel Mezzogiorno e, con essa, il passaggio dalla dipendenza all’economia dell’interdipendenza, ed il riposizionamento del Sistema. Rispetto alle storiche difficoltà di realizzare una fiscalità che non sia più, e solo blandamente, compensativa, oggi lo strumento delle Zone speciali consente di realizzare sotto molteplici aspetti un vantaggio all’altezza del compito individuato. Ovviamente l’intervento deve farsi a dir poco audace, cominciando anzitutto a riconsiderare – in regime di moneta unica e come obiettivo di più lungo termine – il concetto di lesione della concorrenza che finora è stato opposto nei nostri confronti. Le ZES sono uno strumento, una (tardiva) innovazione istituzionale oggi in-

dispensabile che lo Stato può immediatamente ed efficacemente utilizzare, per accompagnare questa transizione. In questa prospettiva, un “sistema di Zone Economiche Speciali” ha la capacità di riesumare progressivamente il vantaggio posizionale, la condizione affinché la enorme rendita connaturata alla nostra centralità nel Mediterraneo possa effettivamente far da volano alla “nuova frontiera” dello sviluppo.

Riferimenti bibliografici

- M. D’AMICO (2016), *Le Zone Economiche Speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell’economia italiana*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*.
- E. FORTE - L. SIVIERO (2011), *Le filiere territoriali logistiche per il rilancio strategico del Mezzogiorno*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, Anno XXV n.1-2, Il Mulino, 2011.
- E. FORTE (2014) *La rivoluzione logistica*, Quaderno SVIMEZ novembre, n. 43.
- E. FORTE (2017), *L’infittimento delle autostrade del Mare Nostrum*, in Quaderno SVIMEZ, Roma.
- F. HIRSCH (1977), *Social Limits to Growth*, in Routledge & Kegan Paul Ltd, London.
- INVITALIA (2016), *Le Zone Economiche Speciali. Il caso di Bagnoli/Porti di Napoli-Salerno*; mimeo.
- SVIMEZ (2012, 2015; 2016) *Rapporto sull’economia del Mezzogiorno*, Il Mulino, Bologna.

L'osservazione

Con l'aiuto dell'Università un impegno sempre più forte contro la criminalità organizzata

Il 21 marzo è stata celebrata la giornata dedicata alle vittime innocenti della mafia.

La ricorrenza è stata preceduta dall'incontro che il Presidente della Repubblica ha avuto il 19 marzo a Locri con le famiglie delle vittime, nel corso del quale ha pronunciato nobili e convincenti parole che hanno sottolineato non solo lo sforzo operato da Magistratura, Forze dell'Ordine, Istituzioni e Società Civile, ma anche la necessità che nessuno si tiri fuori dall'impegno civico di contrastare, soprattutto attraverso le denunce, fenomeni criminosi che ostacolano la crescita civile, sociale, culturale ed economica del Paese.

Anche i più recenti dati statistici confermano la correlazione tra la crisi economica in atto e l'aumento dell'economia c.d. criminale, fondata sull'emergere di mercati paralleli di beni e di servizi di natura illegale; tra questi, soprattutto, quelli riconducibili all'estorsione, all'usura e – oggi – anche alla contraffazione.

Negli ultimi anni, proprio a causa dell'aggravarsi dei problemi finanziari, dovuti all'indebitamento, non pochi esercizi commerciali e imprese sono stati costretti a cessare le loro attività.

Nel contempo, sono stati aperti veri e propri "sportelli illegali paralleli", gestiti dalla criminalità organizzata, che, con intimidazioni e minacce, sempre più spesso colpiscono al cuore consolidate potenzialità produttive, ed ai quali l'operatore economico in difficoltà, è spesso costretto a rivolgersi.

Ne consegue così un vero e proprio circolo vizioso: la crisi economica determina una significativa diminuzione di domanda di beni e servizi – con relativa contrazione dell'offerta – e provoca un simmetrico spostamento della stessa domanda verso beni e servizi illegali, che causa ancor più instabilità e marginalizzazione sociale.

All'economia legale (e reale) viene così ad affiancarsi un'economia "invisibile" che occorre con-

trastare sia con la repressione che con fondamentali strumenti a sostegno solidale delle vittime.

In tale contesto si colloca l'attività del Commissario Straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket e antiusura, la quale si sviluppa lungo due direttrici di fondo che sono rappresentate: a) dal coordinamento, anche operativo, su tutto il territorio nazionale di ogni iniziativa o attività posta in essere nell'ambito della lotta al racket e all'usura da parte delle Amministrazioni dello Stato e di ogni altro Ente interessato, ferme restando le competenze delle Autorità di Pubblica Sicurezza; b) dall'attività del Comitato di solidarietà per le vittime dell'estorsione e dell'usura, il quale, presieduto dal Commissario Straordinario, delibera in ordine alle domande di accesso al Fondo di Solidarietà presentate dalle vittime.

Giova sottolineare la circostanza che il Comitato di solidarietà è costituito da rappresentanti dei Ministeri della Giustizia, dell'Economia e delle Finanze, dello Sviluppo Economico, da rappresentanti delle Associazioni di Categoria (nella composizione attuale sono presenti la Confcommercio, la Confindustria, la Confartigianato), delle Libere Professioni e delle Imprese Sociali, da rappresentanti del CNEL e della CONSAP; da rappresentanti delle Associazioni Antiracket e Antiusura di maggiore rilevanza in sede nazionale.

A proposito del funzionamento di tale organismo si rivela necessario svolgere un'intensa attività di illustrazione e di divulgazione per informare non solo gli addetti ai lavori ma l'opinione pubblica in genere sulla validità di alcuni strumenti che il legislatore ha approntato per favorire la denuncia di fenomeni criminosi e imprimere il massimo impulso alle attività investigative e repressive nel contrasto della criminalità organizzata, assicurando, nel contempo, un concreto sostegno economico alle vittime.

Si tratta, in particolare, della possibilità di usufruire dei benefici economici previsti dal “Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell’usura”.

L'utilizzazione di tale Fondo, rideterminato con il d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito nella L. 26 febbraio 2011, n. 10, rappresenta una risposta in termini solidaristici che lo Stato dà alle vittime, e, nel contempo, anche un formidabile strumento in grado di imprimere, se utilizzato al meglio, una decisa svolta alla lotta al crimine organizzato.

Infatti, segnatamente per le vittime di estorsione e usura, l'accesso al Fondo è possibile sin dalla denuncia presentata alla magistratura o agli organi di polizia, senza dover attendere, quindi, l'esito del giudizio penale.

Ciò consente di poter intervenire immediatamente a sostegno di quei soggetti economici colpiti dall'attività estorsiva o usuraria.

Alla finalità solidaristica si aggiunge quella economica, nel senso di consentire alla vittima di potersi reinserire nel circuito economico grazie al sostegno finanziario concesso dallo Stato.

C'è, infine, una terza finalità che viene perseguita: quella di politica criminale, intesa a incoraggiare le vittime di estorsione e usura a denunciare i reati, in quanto l'accesso al Fondo di solidarietà è imprescindibile dall'avvenuta denuncia del patito reato presentata all'autorità giudiziaria o all'organo di polizia.

Infatti, ai sensi dell'art. 14 della l. 7 marzo 1996, n. 108, i “soggetti che esercitano attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione, i quali dichiarano di essere vittime del delitto di usura e risultino parti offese nel relativo procedimento penale” possono accedere a un mutuo senza interessi ed esente da oneri fiscali.

Ai sensi dell'art. 3 l. 23 febbraio 1999, n. 44, i soggetti, con le medesime caratteristiche sopraindicate, i quali abbiano subito un evento lesivo in conseguenza di richieste estorsive o in conseguenza di situazioni di intimidazione ambientale, possono richiedere una elargizione a valere sul Fondo di solidarietà.

È bene precisare che proprio il riferimento normativo alle situazioni di condizionamento ambientale consente di poter valutare comportamenti

delittuosi caratterizzati da violenza non assimilabili esclusivamente alla fattispecie classica della richiesta estorsiva, nonché di proseguire l'iter procedurale amministrativo per l'accesso al Fondo di Solidarietà anche quando, allo stato attuale delle indagini, non risultino individuati i presunti autori dei comportamenti estorsivi.

Come si può notare, la procedura di concessione del sostegno previsto dalla normativa viene originata da un atto di iniziativa di un soggetto (cioè la vittima dell'estorsione o dell'usura), che però rivesta una qualificazione di tipo economico. Deve, infatti, trattarsi, di esercente attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, libero professionale (o esercente comunque un'attività economica).

La presentazione dell'istanza da parte di chi si proclama vittima di estorsione o di usura dà vita a un procedimento amministrativo che potremmo definire sui generis in quanto si inserisce in esso una valutazione formalmente espressa dal Procuratore della Repubblica (o, a seconda dei casi, dal Procuratore Distrettuale Antimafia).

L'emissione di un parere da parte dell'Autorità Giudiziaria inquirente non costituisce, quindi, elemento informativo (al pari degli elementi di conoscenza acquisiti per il tramite degli organi di Polizia) per orientare le scelte in ordine alle determinazioni da assumere sull'istanza, ma rappresenta un adempimento obbligatorio che si traduce in un vero e proprio momento endoprocedimentale, caratterizzato da una valutazione fondata sulle prime risultanze delle indagini svolte dal P.M. a seguito della denuncia presentata dalla vittima di estorsione o usura.

Le fasi del procedimento finalizzato alla concessione di un sostegno economico alle vittime dell'estorsione e dell'usura possono essere individuate nelle seguenti:

- *presentazione dell'istanza da parte dell'interessato;*
- *preliminare verifica effettuata dalla Prefettura competente per territorio circa il rispetto dei termini di presentazione dell'istanza medesima e circa la permanenza dei requisiti soggettivi in capo all'istante e l'assenza di condizioni ostative;*
- *acquisizione del parere del P.M. competente da parte della Prefettura;*
- *redazione di un dettagliato rapporto da par-*

te del Prefetto competente (il quale si avvale dell'attività svolta da un apposito organismo, il Nucleo di valutazione, costituito in ogni Prefettura, presieduto da un dirigente prefettizio e di cui fanno parte diversi rappresentanti delle istituzioni territoriali, tra cui la Banca d'Italia e l'Agenzia delle Entrate, e degli ordini professionali) e successiva trasmissione al Commissario Straordinario,

- deliberazione in ordine all'istanza da parte del Comitato di solidarietà, presieduto dal Commissario Straordinario, a valere
- sul Fondo di Rotazione;
- attuazione della deliberazione adottata dal Comitato di solidarietà a mezzo di decreto del Commissario Straordinario;
- esecuzione del decreto commissariale a cura di CONSAP.

Allo schema classico del procedimento possono aggiungersi fasi eventuali integrative dell'efficacia o di riesame dell'istanza o rettificative del decreto commissariale.

Infine, come per ogni provvedimento amministrativo, è disposta la revoca del decreto commissariale qualora sopraggiungano situazioni, che, se sussistenti ab initio, non avrebbero reso concedibile il sostegno economico all'istante.

La procedura sommariamente descritta, pur apparendo lineare, presenta spesso oggettive complessità collegate alla esatta definizione del contesto in cui i fatti dedotti si sono verificati, il che implica un'attenta analisi di comportamenti, situazioni ambientali ed altro, che sovente non rendono celere l'iter come si vorrebbe; inoltre alcune asperità si rinvencono in fase di quantificazione del danno la quale, se relativamente agevole in ordine al profilo del danno emergente, è senz'altro più complicata a proposito del lucro cessante o in relazione ad altri profili che si stanno ponendo all'attenzione, quali, ad esempio, quelli relativi alla perdita di chances¹ e alla perdita di avviamento².

Il lavoro interpretativo è, pertanto, complesso e molto articolato, continuamente arricchito dalle pronunce giurisprudenziali, dai contributi della magistratura inquirente in sede di espressione del parere, dalle valutazioni delle Prefetture in ordine alle diversificate situazioni prese in considerazione, nonché dalle indicazioni promananti dagli autorevoli giuristi ed economisti che rappresentano le Associazioni di Categoria e le Associazioni Antiracket e Antiusura.

Pur in presenza di tali complessità e criticità, per la cui soluzione è auspicabile anche un sempre più fattivo intervento della dottrina, il ricorso al Fondo di Solidarietà costituisce un importante strumento di cui va ampliato l'uso e a tal riguardo l'Università può costituire l'ambito più adatto per consentire anche ai futuri professionisti di conoscere sin da ora quegli aspetti operativi che potranno tornare loro utili anche nello svolgimento dell'attività professionale.

A tal riguardo ritengo che la Università Mercatorum, la quale esprime nella sua denominazione il preciso riferimento alle attività imprenditoriali e commerciali, possa condividere l'idea che l'ufficio che ho l'onore di dirigere avvii con docenti e studenti un dialogo tendente, da un lato, a illustrare l'impegno profuso quotidianamente dalle istituzioni per dare concretezza al dettato normativo volto a dare sostegno alle vittime di reati particolarmente odiosi e incidenti sulla realtà sociale ed economica del Paese, dall'altro, a sollecitare proposte, suggerimenti, valutazioni critiche per rendere più incisive le azioni preventive e repressive volte a contrastare la criminalità organizzata, contribuendo ad agevolare gli sforzi tesi ad adeguare la normativa di settore all'esigenza, sempre più avvertita dalla pubblica opinione di collegare in termini pragmatici la tutela della legalità alle prospettive di sviluppo economico del Paese.

¹ Un aspetto particolare, ad esempio, è quello costituito dalle richieste avanzate dall'azienda che hanno dovuto abbandonare, a seguito di pratiche estorsive o usuarie subite, la partecipazione a gare di appalto.

L'orientamento del Comitato di solidarietà in proposito è quello di riconoscere il danno conseguente alla mancata esecuzione di lavori o forniture di servizi per contratti aggiudicati e sottoscritti.

² In proposito, l'orientamento del Comitato è improntato a cautela, evitando di sovrapporre mancato guadagno e perdita di avviamento, nel qual caso si correrebbe il rischio di duplicare il ristoro.

Diritto e procedura civile

L'AMBITO APPLICATIVO DEL FORUM DESTINATAE SOLUTIONIS SECONDO LE SEZIONI UNITE. OSSERVAZIONI A MARGINE DI SS.UU. N. 17989 DEL 13 SETTEMBRE 2016	184
di Gianluca Cascella	
LUCI ED OMBRE SULLA BUONA FEDE: TRA CONTROLLO DI MERITEVOLEZZA E “APRISCATOLE GIURIDICO”	191
di Riccardo Sabato	
IL PRELIMINARE DI PRELIMINARE E IL DIRITTO ALLA PROVVISORIE DEL MEDIATORE	200
di Roberta Ummarino	
SULLA IMMERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA CLAIMS MADE PRIVA DI POSTUMA INSERITA IN UN CONTRATTO DI ASSICURAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III civ., 28 aprile 2017, n. 10506</i>	211
di Gaetano Scutto	
SUL CONTRATTO DI LOCAZIONE “IN NERO”: LA REGISTRAZIONE TARDIVA SANA IL CONTRATTO CON EFFICACIA <i>EX TUNC</i> . <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza 28 aprile 2017, n. 10498</i>	219
di Ylenia Zaira Alfano	
<i>INSTITUTIO EX RE CERTA</i> E L'ALIENAZIONE TOTALE O PARZIALE DEI BENI CHE NE FORMANO OGGETTO PRIMA DELLA MORTE DEL <i>DE CUIUS</i> . <i>Nota a Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2017, n. 6972</i>	231
di Maryna Vahabava	
SULLE RICHIESTE DI RISARCIMENTO A SEGUITO DI SINISTRI STRADALI MORTALI: PRESUPPOSTI E PROVA DEI DANNI. <i>Nota a Trib. Napoli, sez. VIII civ., 20 febbraio 2017, n. 2137</i>	237
di Pietro Sorrentino	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	255
di Mario de Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	257
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



L'ambito applicativo del *forum destinatae solutionis* secondo le Sezioni Unite. Osservazioni a margine di SS.UU. n. 17989 del 13 settembre 2016

abstract

In this article the author tries to analyze, starting from a recent decision by the United Sections of the Italian Court of Cassation, the theme of describing the application perimeter of the territorial connection criterion known as "forum destinatae solutionis", and the related reconstruction of the pecuniary obligation concept relevant from that point of view, with consequent reflections on identification, applying art. 20 of Italian civil procedure code, of the competent court by territory.

keywords

Competence by territory – linkage criterion – Pecuniary obligation – Notion-identification – Consequences.

abstract

In questo articolo l'autore prova ad analizzare, partendo da una recente decisione delle sez. un. della Corte di Cassazione, la tematica della individuazione del perimetro applicativo del criterio di competenza territoriale conosciuto come "forum destinatae solutionis", con la correlata ricostruzione del concetto di obbligazione pecuniaria rilevante da tale punto di vista, con i conseguenti riflessi sulla identificazione, in applicazione dell'art. 20 del codice di procedura civile italiano, del giudice competente per territorio.

parole chiave

Competenza per territorio – Criterio di collegamento – Obbligazione pecuniaria – Nozione – Individuazione – Conseguenze.

sommario

1. Il luogo di pagamento delle obbligazioni pecuniarie. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. La composizione del contrasto. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Il luogo di pagamento delle obbligazioni pecuniarie

Il luogo di pagamento delle obbligazioni pecuniarie – *rectius*, la sua individuazione – rinviene la sua propria disciplina in due norme, una di matrice sostanziale, l'art. 1182 c.c., ed un'altra di natura processuale, l'art. 20 c.p.c., con risvolti applicativi differenti, per la

seconda norma, in base alla qualificazione della natura dell'obbligazione (sempre pecuniaria), come determinata in applicazione della prima disposizione. Si tratta di quattro criteri applicativi differenziati in ragione o del titolo (comma 1) oppure per un determinato oggetto dell'obbligazione (comma 2) o ancora per la natura pecuniaria di esse (comma 3) e, infine, un criterio residuale, in caso di inapplicabilità dei criteri fissati dai tre commi precedenti (comma 4).

Al riguardo, autorevole dottrina afferma come il luogo possieda una duplice rilevanza, per un verso ai fini del corretto adempimento, da parte del debitore, alla sua obbligazione – quindi una rilevanza di carattere sostanziale¹ – e, per altro verso, una valenza di natura eminentemente processuale, in quanto esso integra uno dei criteri di collegamento tra una controversia e gli uffici giudiziari di un determinato luogo². Infatti, le obbligazioni pecuniarie sulla base della norma sopra richiamata si distinguono in obbligazioni c.d. portabili e c.d. chiedibili: secondo la dottrina assolutamente maggioritaria e concorde, le prime, disciplinate dal terzo comma dell'art. 1182 c.c., sono quelle che vanno adempiute al domicilio del creditore al tempo della scadenza³ – per cui è la sola scadenza del termine che,

¹ M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965, p. 325 e ss.

² M. GIORGIANNI, *op. loc. cit.*

³ In proposito, va osservato che la nozione di "domicilio del creditore" e della relativa elezione ha ricevuto di recente una interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza di legittimità, avendo infatti affermato la Cass. che: «L'elezione di domicilio contenuta nella procura a margine di un ricorso per decreto ingiuntivo non è idonea a far considerare il luogo indicato quale domicilio del creditore in cui l'obbligazione deve essere adempiuta ex art. 1182, terzo comma, cod. civ., atteso che ai fini della competenza territoriale, qualora sia convenuta una persona fisica, e si faccia riferimento al luogo del domicilio, che è criterio di collegamento rilevante sia ai fini dell'art. 18 cod. proc. civ. che dell'art. 20 cod. proc. civ. ed autonomo rispetto a quello della residenza, s'intende per domicilio il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e dei suoi interessi, che non va individuato solo con riferimento ai rapporti economici e patrimoniali, ma anche ai suoi interessi morali, sociali e familiari, che confluiscono normalmente nel luogo ove la stessa vive con la propria famiglia, identificandosi, pertanto, tale luogo nel centro principale delle proprie relazioni familiari, sociali ed economiche»; cfr. Cass., 14 giugno 2013, n. 14937, in *Giust. civ.*, Mass., 2013.

ove il debitore non si presenti per adempiere, determina la costituzione in mora di quest'ultimo, non occorrendo una formale richiesta del creditore – mentre le seconde, specularmente, sono quelle che vanno adempite al domicilio del debitore al tempo della scadenza – occorrendo che sia il creditore, una volta scaduto il termine di pagamento, a presentarsi al domicilio del suo debitore per chiedere l'adempimento, onde il debitore possa considerarsi in mora, per cui, in tale ipotesi, è l'inerzia del creditore che impedisce che il debitore sia costituito in mora e ne subisca gli effetti – come prevede il successivo comma 4 della norma innanzi richiamata, sempre ovviamente alla scadenza di essa⁴. Appare evidente come si tratti, con riferimento alla previsione contenuta nel comma quarto del richiamato art. 1182 c.c., di una norma espressione del principio del c.d. *favor debitoris*⁵, riguardo al quale la dottrina ha affermato che, se per un verso non possa affermarsi come allo stesso sia da riconoscere dignità di principio generale dell'ordinamento, per altro verso è altrettanto indubbio che esso permei ed ispiri singole e specifiche disposizioni del codice civile⁶; quale esempio di tali disposizioni la richiamata opinione dottrinale indica, tra le altre, quelle in tema di inesigibilità della prestazione, di rescissione del contratto concluso con una parte che versava in stato di bisogno, o ancora l'art. 1371 c.c. che, obbliga l'interprete, in caso di inapplicabilità dei criteri ermeneutici previsti dalle disposizioni precedenti, ad interpretare le clausole contrattuali nel senso meno gravoso per l'obbligato⁷, oltre a quella contenuta nell'art. 1192, comma 2, n. 4 c.c. Altra opinione, in conseguenza, sottolinea come l'espressione *portables*, mutuata dalla dottrina francese, sia da riferire esclusivamente alle obbligazioni pecuniarie sin dal loro sorgere, da identificare con i debiti di valuta⁸, e la scelta legislativa in tal senso si spiega, secondo alcuni, per il fatto che l'invio del denaro al creditore presso il di lui domicilio costituisce lo strumento più rapido ed efficace per l'adempimento dell'obbligazione⁹; altra previsione di favore per il debitore, come rileva la dottrina, la si riscontra, all'interno dell'art. 1182 c.c., il cui terzo comma viene considerato manifestazione dell'intento legislativo volto ad impedire che il debitore subisca un ingiustificato aggravio della prestazione nel caso in cui tanto dipenda dalla esclusiva condotta del creditore¹⁰, a maggiore ragione considerando che, per la dottrina,

ove il creditore non abbia comunicato al debitore il cambio del proprio domicilio, rispetto a quello che aveva al momento del sorgere dell'obbligazione, il debitore non può considerarsi obbligato ad effettuare accertamenti al riguardo¹¹; se tanto è indubbio, però, come rileva la medesima opinione, è altrettanto indubitabile che il debitore, ove abbia cambiato il proprio domicilio, sia tenuto ad informarne il creditore senza indugio, per non essere ritenuto inadempiente, poiché neanche il creditore può ritenersi onerato dell'effettuare indagini volte a verificare se, nell'imminenza della scadenza dell'obbligazione, il debitore abbia cambiato domicilio¹². Ben si comprende, allora, perché autorevole dottrina abbia affermato come l'art. 1182 c.c. non esaurisca la sua efficacia in ambito strettamente sostanziale (e quindi sotto il profilo della applicazione dell'istituto della mora del debitore, sotto il profilo, rispettivamente, della mora *ex re* oppure della mora *ex persona*), risultando invece in grado di produrre non trascurabili effetti anche dal punto di vista processuale, *sub specie* della individuazione del giudice competente per territorio nelle controversie aventi ad oggetto le richieste di pagamento di somme di denaro¹³, cioè quelle in cui si azionino obbligazioni pecuniarie; quanto appena evidenziato rileva a maggiore ragione considerando che, come da altro autore evidenziato, tutto sommato l'effettivo ambito di operatività dei criteri introdotti dall'art. 1182 c.c. appare già molto circoscritta anche solo guardando alla previsione contenuta nel primo comma della norma¹⁴, ove si tenga presente che essa prevede una nutrita serie di deroghe all'applicazione della disposizione, di fronte a previsioni eventualmente difformi, previste dal titolo oppure derivanti, rispettivamente, da usi diversi, dalla natura della prestazione in questione o, ancora, da altre e diverse circostanze¹⁵. A tanto va infine aggiunto che l'applicabilità del criterio di cui all'art. 20 ed in particolare del c.d. *forum destinatae solutionis* risulta espressamente esclusa in determinate ipotesi, in ragione di precise scelte legislative, come ad esempio quella alla base del criterio di cui all'art. 33 del Codice del Consumo, per il quale il domicilio eletto dal consumatore all'atto della conclusione contratto costituisce, unitamente alla residenza del consumatore al momento della proposizione della domanda, foro esclusivo ed inderogabile (salvo che la previsione di altri fori nel contratto sia stata oggetto di trattativa individuale tra professionista e consumatore, con onere della relativa prova a carico del primo sog-

⁴ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Diritto Privato*, a cura di Alpa e Zatti, Milano, 1991, p. 595.

⁵ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, Milano, 1998, p. 256 e ss.

⁶ G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2009, p. 424.

⁷ G. ALPA, *op. loc. cit.*

⁸ F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2009, p. 584 e ss.

⁹ C. A. CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, IX, Torino, 1999, p. 103 e ss.

¹⁰ A. LUCE, *Il luogo dell'adempimento*, in *Le obbligazioni*, I, a cura di Fava P., Milano, 2008, p. 257 e ss.

¹¹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1974, p. 165 e ss.

¹² U. NATOLI, *op. loc. cit.*

¹³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 240 e ss.

¹⁴ A. ORIANI, *Obbligazioni pecuniarie portabili o chiedibili? Alle Sezioni Unite un importante chiarimento*, in *Corriere giuridico*, 2016, 3, p. 317.

¹⁵ A. ORIANI, *op. loc. cit.*

getto)¹⁶ o ancora quella di cui all'art. 152 del Codice Privacy (d.lgs. 196/2003), norma secondo cui, per le controversie in materia di trattamento dei dati personali, la competenza *ratione loci* spetta in via esclusiva al tribunale del luogo di residenza e/o sede del soggetto titolare del trattamento dei dati medesimi; tuttavia, in caso di concorrenza tra le due norme innanzi richiamate, quando la tutela contro il trattamento dei dati personali nei confronti del titolare del trattamento venga invocata nell'ambito di un rapporto di consumo, come tale soggetto all'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005, la Cass. ha di recente chiarito che il foro previsto dalla predetta disposizione del Codice del Consumo prevale su quello individuato dall'art. 152 del d.lgs. n. 196 del 2003 (applicabile *ratione temporis*), in quanto la sopravvenienza della prima disposizione ha derogato alla seconda con riguardo alle controversie sul trattamento dei dati personali, la cui titolarità origina da rapporti di consumo¹⁷. Se è indubbio che il c.d. foro del consumatore, da parte della giurisprudenza, è tante volte oggetto di estensione del suo perimetro applicativo, va anche detto, di contro, che tale criterio in altrettante occasioni risulta oggetto anche di limitazioni applicative, volte ad impedire, sostanzialmente, abusi di esso proprio da parte del c.d. soggetto debole, cioè dei consumatori, che finirebbero per utilizzarlo come se fosse un'altra ipotesi di *forum destinatae solutionis*; si è affermato, infatti, che, allo scopo di evitare una strumentalizzazione del criterio di radicamento della competenza territoriale del giudice nelle controversie tra consumatori e professionisti (c.d. foro del consumatore), si deve escludere che l'elezione di domicilio possa essere fatta dal consumatore al momento della proposizione della domanda giudiziale nella procura alle liti, in quanto, consentendo ciò, si permetterebbe al consumatore, in deroga al principio costituzionale della pre-costituzione del giudice naturale, di scegliere il giudice, pregiudicando la stessa ratio della previsione contenuta nell'art. 33, comma 2, lett. u) del d.lgs. n. 206 del 2005¹⁸. In ogni caso, la dottrina è consolidata nel ritenere che quella contenuta nel quarto comma dell'art. 1182 c.c. costituisca una previsione residuale, destinato a trovare applicazione nei casi in cui non sia possibile individuare il luogo dell'adempimento sulla scorta dei criteri previsti dai tre commi precedenti di tale disposizione¹⁹; va infine osservato come la regolamentazione normativa, in ambito europeo, circa il luogo di adempimento delle obbligazioni, per un verso e, per altro verso, per la competenza giurisdizionale, è dettata da tre regolamenti, e precisamente il Regolamento (CE) n. 864/2007 (c.d. Roma II) per le obbligazioni

extracontrattuali, ed il Regolamento (CE) n. 593/2008 per le obbligazioni contrattuali, a cui si è aggiunto il, recentemente entrato in vigore (10 gennaio 2015), Regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2015 (cd. Bruxelles I *bis*, che ha abrogato e sostituito il c.d. Bruxelles I, ovvero il Regolamento n. 44/2001). Tale ultimo Regolamento, in particolare, all'art. 7 (rubricato Competenze speciali) prevede che una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro, rispettivamente, in materia contrattuale, dinanzi all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio; la norma prosegue stabilendo che, ai fini della sua applicazione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio deve essere distinto tra l'ipotesi della compravendita di beni (caso in cui per esso deve intendersi il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto) e la diversa ipotesi della prestazione di servizi (caso in cui il luogo in questione è quello, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto); nella diversa ipotesi delle obbligazioni extracontrattuali (definite come materia di illeciti civili dolosi o colposi), la norma prevede la competenza dell'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire; precisando poi che, nel caso in cui si tratti di un'azione di risarcimento danni o di restituzione nascente da illecito penale, la competenza spetta all'autorità giurisdizionale presso la quale è esercitata l'azione penale, sempre che secondo la propria legge, tale autorità giurisdizionale possa conoscere dell'azione civile.

2. Il contrasto giurisprudenziale

Il contrasto giurisprudenziale che le sez. un. sono state chiamate a risolvere è quello, rilevato dalla Sesta Sezione – Seconda Sottosezione - della Cass.²⁰, inerente l'applicabilità o meno dell'art. 1182, 3° comma c.p.c., e quindi il criterio di determinazione della competenza territoriale noto come *forum destinatae solutionis* (*id est* quello del domicilio del creditore) ad ogni obbligazione avente ad oggetto somme di denaro, quindi anche a quella originariamente non determinata, pur se l'importo sia successivamente determinato dal creditore stesso mediante l'atto di esercizio della relativa pretesa creditoria, oppure solo nel caso di obbligazione il cui ammontare sia stato già determinato *ab origine*, con i conseguenti riflessi sulla identificazione del luogo di adempimento dell'obbligazione stessa, e quindi se nel domicilio del creditore, oppure nel domicilio del debitore.

L'occasione della pronuncia a sez. un. è stata determinata dalla proposizione di un regolamento di

¹⁶ Cass., 12 gennaio 2015, n. 181, in *CED*, Cassazione, 2015.

¹⁷ Cass. civ., 9 ottobre 2015, n. 20304, in *CED*, Cassazione, 2015.

¹⁸ Giudice di Pace di Milano, sez. VII, 13 febbraio 2016, in banca dati *Pluris-cedam.utegiviridica.it*, voce *Competenza giurisdizionale civile*, sottovoce *Consumatore* (tutela del).

¹⁹ U. NATOLI, *op. loc. cit.*

²⁰ Ord. n. 23527 del 17 novembre 2015, in *CED*, Cassazione, 2015.

competenza avverso una pronuncia declinatoria della competenza territoriale da parte di un giudice di merito che, nel rilevare come le obbligazioni pecuniarie erano da identificarsi – anche ai fini di cui all'art. 1182, 3° comma c.c., che ne prevede l'adempimento al domicilio del creditore – esclusivamente in quelle sorte originariamente come tali, ossia aventi ad oggetto sin dalla loro costituzione la prestazione di una determinata somma di denaro, nel caso di specie ha escluso potersi fare applicazione della predetta norma, osservando come, nel contratto azionato in giudizio dalla parte attrice, l'importo del corrispettivo preteso dalla parte istante non era indicato, ed in conseguenza il luogo di adempimento dell'obbligazione, rilevante agli effetti della determinazione della competenza territoriale *ex art. 20 c.p.c.*, ult. parte, per il giudice di merito era da identificarsi, in applicazione del 4° comma dell'art. 1182, c.c., nel domicilio del debitore. Il contrasto, in particolare, ineriva la individuazione di quella che era da ritenersi l'obbligazione pecuniaria rilevante ai sensi del 3° comma dell'art. 1182 c.c., in quanto sulla relativa nozione si incentrava la linea di confine tra le obbligazioni c.d. portabili e quelle definite, invece, chiedibili, e quindi sulla identificazione del luogo di adempimento di esso, trattandosi di criterio parimenti determinante ai fini della individuazione del giudice competente *ratione loci*. Sul punto, nella giurisprudenza di legittimità da alcuni anni, ormai, si contrapponevano due orientamenti, latori, rispettivamente, il primo, di una interpretazione più restrittiva di tale concetto, ed il secondo, specularmente, di un'interpretazione più elastica, del medesimo. Il primo orientamento, infatti, sostiene l'applicabilità dell'art. 1182, 3° comma c.c. – in forza del quale l'obbligazione avente per oggetto una somma di danaro dev'essere adempiuta al domicilio del creditore – solo nelle ipotesi in cui la somma pretesa *apud iudicem* sia già determinata nel suo ammontare ovvero quando il credito in danaro sia determinabile in base ad un semplice calcolo aritmetico e non si renda necessario procedere ad ulteriori accertamenti, mentre quando la somma richiesta debba essere ancora precisamente quantificata dalle parti, o, in loro sostituzione, dal giudice, e per farlo occorrono indagini ed operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico (*id est*, serva una attività ben più complessa) deve farsi applicazione del successivo 4° comma della medesima disposizione, secondo cui l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza²¹. Il secondo orientamento, invece, riteneva che, ai fini della determinazione della competenza territoriale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 20 cod. proc. civ. e 1182 cod. civ., il "*forum destinatae solutionis*", previsto dal terzo comma di tale ultima disposizione, risulta applicabile in tutte le cause aventi ad oggetto

²¹ In particolare, a tale orientamento l'ordinanza di rimessione ascrive Cass., 24 ottobre 2007, n. 22326, e Cass., 21 aprile 2011, n. 9273.

una somma di denaro qualora, facendo riferimento alla domanda formulata dall'attore, questi abbia richiesto il pagamento di una somma determinata, non incidendo sulla individuazione della competenza territoriale la maggiore o minore complessità dell'indagine sull'ammontare effettivo del credito, la quale attiene esclusivamente alla successiva fase di merito²²; in concreto, come da alcun rilevato, il contrasto è insorto in ordine alla individuazione del concreto modo di atteggiarsi del concetto di liquidità in relazione al luogo dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria ed alla sua determinazione²³, dato che, come sostiene altro autore, la ricostruzione di tale concetto assume rilievo peculiare con riguardo alle sue ricadute dal punto di vista del processo, ed in particolare con i rapporti con l'art. 20 c.p.c., e conseguentemente con l'applicabilità o meno dei criteri di collegamento da essa previsti²⁴.

3. La composizione del contrasto

A comporre il sopra evidenziato contrasto, è intervenuta la recente decisione n. 17989 del 13 settembre 2016²⁵, con la quale le sez. un. hanno aderito al criterio più rigoroso e, per addivenire a tale statuizione, hanno ritenuto come la nozione di obbligazione, rilevante sotto il profilo di cui all'art. 1182, 3° comma c.c., vada intesa in senso restrittivo – e quindi ritenendo escluse da essa le obbligazioni pecuniarie non liquide – per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, la Cass. ha rilevato come le obbligazioni pecuniarie illiquide si caratterizzano per una particolarità in grado di incidere in modo non irrilevante sulla relativa disciplina, in quanto in esse, affinché il debitore adempia, risulta indispensabile l'esistenza di ulteriore titolo, convenzionale o giudiziale che sia, il che porta ad escludere che, in caso di obbligazioni pecuniarie illiquide, il debitore sia in mora per il solo decorso del termine di pagamento; al riguardo, infatti, la Cass. rileva che, se tra le obbligazioni pecuniarie portabili contemplate dall'art. 1219 c.c., volessero ritenersi rientranti anche quelle illiquide, la mora del debitore – e con essa sua responsabilità *ex art. 1224 c.c.* – sorgerebbe in automatico a carico di tale

²² All'orientamento meno restrittivo, invece, l'ordinanza di rimessione ascrive, in particolare, Cass., 21 maggio 2010, n. 12455 e Cass., 17 maggio 2011, n. 10837, entrambe precedute, invero, da Cass., 13 aprile 2005, n. 7674.

²³ P. DI MICHELE, *Competenza del giudice di domicilio del creditore solo per le obbligazioni liquide*, in *www.dirittoegiustizia.it*.

²⁴ A. ORIANI, *op. cit.*, p. 318.

²⁵ In *www.dejure.it*, in cui la Cass. ha fissato il seguente principio di diritto «Le obbligazioni pecuniarie da adempiersi al domicilio del creditore, secondo il disposto dell'art. 1182 c.c., comma 3, sono – agli effetti sia della mora *ex n* ai sensi dell'art. 1219 c.c., comma 2, n. 3, sia della determinazione del *forum destinatae solutionis* ai sensi dell'art. 20 c.p.c., ultima parte, – esclusivamente quelle liquide, delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale, e i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice, ai fini della competenza, allo stato degli atti secondo quanto dispone l'art. 38 c.p.c., u.c.».

soggetto anche nel caso in cui l'esecuzione della prestazione cui il medesimo è obbligato risulti concretamente impossibile per esserne ancora incerto l'ammontare, e ciò sarebbe contrario a quanto prevede la regola generale dell'art. 1218 c.c., per il quale il debitore non può ritenersi inadempiente (e quindi va esente da responsabilità) nel caso in cui la prestazione cui è tenuto risulti impossibile per causa a lui non imputabile. Inoltre, per la Cass. tale interpretazione appare ulteriormente giustificata con il *favor debitoris* di cui è espressione l'art. 1182, comma 2, n. 4 c.c., in quanto le esigenze di protezione di tale soggetto che permeano la relativa disposizione risulterebbero, evidentemente, vanificate se, affinché un credito possa considerarsi liquido, si ritenesse sufficiente la precisazione della somma di denaro, in cui esso consiste, fatta dall'attore nell'atto introduttivo del giudizio in cui ne chiede il pagamento, pur in assenza di specifiche indicazioni al riguardo nel titolo in forza del quale l'attore pretende detta somma, occorrendo invece parametri oggettivi per qualificare un credito come liquido (oppure no, ovviamente). Infatti, il rischio da evitare – a tutela del debitore – viene dalla Cass. condivisibilmente e correttamente individuato nell'eventualità che l'attore porti la controversia dinanzi ad un determinato giudice (praticamente sempre quello, di suo paese gradimento, del proprio domicilio, c.d. *forum destinatae solutionis*) non sulla scorta di un criterio oggettivo ed inoppugnabile, quale la Cass. ritiene essere, appunto, quello della effettiva liquidità del credito, bensì per sua totale discrezionalità, indicando di essere creditore di una determinata somma (anche se, di contro, la stessa è palesemente errata, oppure manca ogni criterio, nel titolo, per quantificarla in quella misura), con l'ulteriore effetto negativo della violazione del principio di cui all'art. 25 Cost., per il quale, come è noto, nessuno può essere distolto dal suo giudice naturale preconstituito *ex lege*.

Infine, le sez. un. si premurano di puntualizzare che la maggiore o minore complessità dell'indagine occorrente a stabilire l'effettivo ammontare del credito, è tutt'altro che irrilevante ai fini della determinazione della competenza territoriale ai sensi dell'art. 20 c.p.c., sconfessando in tal modo quanto sostenuto dal Procuratore Generale in sede di discussione dinanzi alla Sezione Filtro.

Infatti, affinché una somma possa considerarsi liquida ai fini della determinazione della competenza per territorio, perché possa trovare applicazione la norma dell'art. 1182, comma 3, c.c. in relazione all'art. 20 c.p.c., occorre che la obbligazione sia determinata in denaro in virtù di un titolo convenzionale che ne abbia stabilito la misura, ovvero che sia determinabile in base ad elementi precostituiti nel titolo stesso, in modo che non siano necessarie speciali indagini per determinarne l'ammontare, per cui detto importo potrà risultare direttamente dal titolo originario, se esso la precisi, oppure solo indirettamente dallo stesso, nel caso in cui in

esso siano indicati il criterio o i criteri in applicazione dei quali può addivenirsi alla relativa determinazione: se tanto è indubbio, per la Cass., è altrettanto indiscutibile che i criteri in questione devono essere oggettivi, inequivoci, la cui applicazione deve produrre un risultato univoco e, nella specie, condurre ad un'unica somma di denaro come risultato della loro applicazione, come appunto la somma costituente il risultato di semplici operazioni aritmetiche: ove invece, applicando detti parametri, il risultato non fosse univoco e rimanesse un margine di discrezionalità, allora proprio la presenza di tale margine impedirebbe di qualificare come liquido il credito azionato, dal momento che, per eliminare tale discrezionalità nella quantificazione occorrerebbe un ulteriore titolo (convenzionale o giudiziale), come ad esempio la sentenza del giudice che quantifica il credito.

Ma non solo, in quanto, secondo la Cass., poiché è indispensabile che la liquidità del credito sia effettiva, tale necessità comporta una limitazione del perimetro applicativo del principio, dettato dall'art. 10, primo comma c.p.c., per il quale la competenza va determinata in base alla domanda.

Infatti, le sez. un. hanno ritenuto che l'esigenza che il credito preteso sia effettivamente liquido e non semplicemente dichiarato tale dall'attore, impedisce che il principio fissato dalla norma innanzi richiamata si intenda esteso al punto di permettere all'attore di qualificare i fatti posti a fondamento della sua pretesa in modo diverso da quella che è la qualificazione giuridica che di essi prevede la Legge, oppure allegare circostanze fattuali che rimangano probatoriamente indimostrate, ferma in ogni caso l'applicabilità dell'art. 38, ultimo comma c.p.c., per il quale il giudice accerta i fatti rilevanti, ai soli fini della competenza, allo stato degli atti²⁶.

²⁶ Ad esempio, se l'attore agisce in giudizio assumendo di essere creditore del convenuto di una somma x, e nell'atto introduttivo allega che la fonte della propria pretesa è rappresentata, in ipotesi, da un determinato contratto, evocando, sulla scorta di tale sua allegazione, il debitore dinanzi al *forum creditoris*, sull'assunta liquidità del credito, rilevante *ex art.* 1182, 3° comma c.c., ove il convenuto si costituisca sollevando correttamente l'eccezione di incompetenza per territorio, deducendo in particolare che, essendo illiquido il credito, il richiamato criterio non può trovare applicazione, dovendo il giudice decidere, *ex art.* 38, 4° comma c.p.c., allo stato degli atti, ove l'attore non produca il richiamato contratto ovvero da esso non emergano elementi che conducano inequivocabilmente alla quantificazione del credito allegata dall'attore, residuando invece margini di incertezza in ordine al risultato finale (entrambe, quindi, ipotesi di allegazione di fatti rimasti privi di riscontro probatorio) l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dal convenuto risulterà fondata e, se correttamente sollevata anche con riguardo agli altri criteri di collegamento eventualmente applicabili, idonea a conseguentemente determinare una pronuncia declinatoria della competenza *ratione loci* del giudice adito.

4. Riflessioni conclusive

In conclusione, appare evidente che la risoluzione del contrasto da parte delle sez. un. nel modo di cui si è appena detto, in ottica di tutela del debitore, determina specifiche conseguenze a carico di creditore e debitore, in termini sostanziali e processuali, dato che – prima che intervenisse la richiamata decisione – i riflessi dell’adesione all’uno piuttosto che all’altro orientamento erano evidenti. All’esito di tale pronuncia, appaiono chiare le ricadute della soluzione accolta dalle sez. un., che sono sia dirette, sulla condotta delle parti, ed in particolare del creditore che agisce in giudizio, sia, indirette, sulla gestione del contenzioso da parte dei giudici di merito ed in particolare in ordine al carico del ruolo dei singoli magistrati. Allora, a seguito di tale Sentenza, per un verso, il creditore-attore, ove intenda avvalersi, per radicare la competenza territoriale presso un foro di suo “gradimento”, del criterio di collegamento emergente dal combinato disposto degli art. 1182, 3° comma c.c. e 20 c.p.c., deve ritenersi onerato, nel suo interesse, ad una precisa quantificazione della propria domanda (non potendo fare affidamento sulla possibilità di una successiva precisazione del *quantum* di essa in corso di causa, che in ogni caso la giurisprudenza di legittimità non nega, seppure ad altri fini) nonché a fornire la prova delle sue allegazioni, anche ai soli fini della competenza, in quanto, come affermato dalla Cass., ove la determinazione della misura e della scadenza del credito non sia stata già effettuata *ab origine*, nel titolo, si è in presenza di un titolo non liquido e non esigibile²⁷; inoltre, dal punto di vista sostanziale, non potrà avvalersi dell’istituto della *mora debendi* se non in presenza di una obbligazione che sia effettivamente liquida e determinata nel suo ammontare²⁸; per altro verso, ove correttamente sollevata la relativa eccezione da parte del convenuto-debitore, tale tesi si rivela un valido strumento per i giudici di merito per poter alleggerire dal proprio ruolo il carico rappresentato da quei procedimenti che si presentino carenti di qualsiasi valido collegamento, *ratione loci*, con il foro adito. Nel caso in cui il convenuto non sia stato in grado di sollevare ritualmente l’eccezione di incompetenza territoriale del foro adito²⁹, potrebbe ipotizzarsi

²⁷ Cass. civ., 12 ottobre 2011, n. 21000, in *Giust. civ.*, Mass. 2011, 10, p. 1437.

²⁸ Con conseguente esclusione, quindi, dell’applicabilità dell’istituto in tutti i casi in cui l’obbligazione azionata in giudizio non presenti tale carattere.

²⁹ Che, se per un verso, secondo la Corte Costituzionale, con la nota decisione n. 41/2006, in caso di litisconsorzio necessario passivo, può essere utilmente sollevata anche da uno solo dei predetti litisconsorti, per ottenere una pronuncia declinatoria della competenza territoriale del giudice adito, per altro verso, però, deve necessariamente essere formulata dal convenuto in modo completo e specifico con riferimento a tutti i possibili criteri di collegamento astrattamente applicabili nel caso concreto, secondo il consolidato orientamento della Cass. Infatti, a tale riguardo i giudici di legittimità hanno affermato che: «In tema di competenza per territorio derogabile, il convenuto ha l’onere di conte-

la possibilità, per il medesimo, di invocare, a carico dell’attore, l’applicazione delle sanzioni processuali previste dagli artt. 92 e 96 c.p.c., in quanto citato in giudizio a seguito di una scelta arbitraria e discrezionale del creditore, che lo ha evocato dinanzi ad un foro di gradimento, da quest’ultimo “scelto” applicando il c.d. *forum destinatae solutionis* di cui all’art. 1182, 3° comma c.c. nonostante il fatto che, non potendo il credito azionato considerarsi liquido poiché il base al titolo vantato dall’attore mancavano parametri oggettivi, la competenza *ratione loci* non poteva dirsi *recte* individuata dinanzi al foro del domicilio eletto dal creditore³⁰. Soluzione, questa, anche da altra opinione prospettata, pur se sotto un profilo completamente diverso, in quanto ipotizzata come sostitutiva, quale sanzione processuale, della diversa impostazione sostanziale accolta dall’orientamento maggioritario delle sezioni semplici, poi confermato dalla pronuncia delle sez. un. qui richiamata, orientamento invece non condiviso da tale autore³¹. Invero, il possibile rimedio sopra prospettato da chi scrive, e la variante di esso proposto dalla richiamata opinione dottrinale, se per un verso trova indubbiamente giustificazione nell’esigenza, peraltro condivisa dalle sez. un., di non lasciare senza tutela il debitore di fronte a condotte creditorie improntate ad eccessiva discrezionalità, al limite

stare nel primo atto difensivo *ex art.* 38 c.p.c., come modificato dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, art. 4, l’incompetenza per territorio del giudice adito con riferimento a tutti i concorrenti criteri previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., restando escluso che, verificatasi la suddetta decadenza o risultata, comunque, inefficace l’eccezione, il giudice possa rilevare d’ufficio profili di incompetenza non proposti o supplire alla genericità o incompletezza dell’eccezione stessa, restando la competenza del giudice adito radicata in base al profilo non (o non efficacemente) contestato»; in tal senso, Cass., 3 novembre 2014, n. 23328, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 6, p. 2049; principio ulteriormente precisato dalla Cass. con riferimento all’ipotesi in cui il convenuto che solleva l’eccezione di incompetenza territoriale sia una persona giuridica, con l’affermare che: «In caso di eccezione di incompetenza territoriale sollevata da persona giuridica, la mancata contestazione nella comparsa di risposta della sussistenza del criterio di collegamento indicato nell’art. 19, comma 1, c.p.c. – cioè dell’inesistenza nel luogo di competenza del giudice adito dall’attore di un suo stabilimento e di un suo rappresentante autorizzato a stare in giudizio con riferimento all’oggetto della domanda – comporta l’incompletezza dell’eccezione, onde la stessa deve ritenersi come non proposta con il conseguente radicamento della competenza del giudice adito»; in tal senso, Cass., 11 dicembre 2014, n. 26094, in *www.dejure.it*.

³⁰ Non pare dunque infondato, ad avviso di chi scrive, ipotizzare che, in tale condotta del creditore/attore, sia ravvisabile una di quelle ipotesi per c.d. *innominate* di abuso del processo, come individuate da autorevole dottrina; cfr., sul punto, G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *www.judicium.it*, par.2, che individua tale categoria come ricomprensiva tutte quelle ipotesi nelle quali il giudice, discrezionalmente, ravvisi un comportamento da considerare un abuso del processo, quindi una ipotesi di chiusura, o una categoria residuale, in grado di consentire al giudice, in ipotesi non predeterminate, di ritenere, per ulteriori ragioni, abusivo il comportamento della parte che tale condotta ha tenuto.

³¹ A. ORIANI, *op. cit.*, p. 321.

dell'arbitrio, che finiscono, con il rendere senza dubbio più difficile, per il debitore medesimo, l'esercizio del diritto alla difesa³², per altro verso rischia, specularmente – e tanto bisogna riconoscerlo – di risultare eccessivamente premiante per il debitore medesimo. Invero quest'ultimo, pur avendo a disposizione il rimedio che gli viene offerto dalla soluzione scelta dalle sez. un., se non è stato capace (ovviamente per inerzia sua e/o del suo difensore, cosa ben diversa, ovviamente, è il caso in cui sussistono i presupposti per la rimessione in termini, dato che in tal caso per la Cass. il convenuto contumace in primo grado potrà validamente eccepire in appello l'incompetenza territoriale³³) di utilizzarlo validamente e tempestivamente, non potrà che *sibi imputet* le conseguenze processuali di tale sua inerzia. Se invece si volesse riconoscere al convenuto, sempre e comunque, la possibilità di invocare le sanzioni in questione, tale soggetto riceverebbe forse ingiustificatamente un strumento alternativo per reagire alla condotta discrezionale del creditore – dato che il non sollevare, o non sollevare correttamente, l'eccezione di incompetenza per territorio, è una scelta del debitore, che non può essere fatta ricadere sul creditore – a meno che, ovviamente, le circostanze del caso concreto non portino effettivamente il giudice adito a ravvisare nella condotta creditoria un'ipotesi innominata di abuso del processo, con tutto quello che ne consegue, dato che la Cass. ha individuato come valido (ed anche unico) limite alla rilevanza dei fatti prospettati dall'attore ai fini della determinazione della competenza, l'eventuale prospettazione artificiosa dei medesimi, finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge³⁴. Infine, ulteriore conseguenza che discende dalla soluzione accolta dalle sez. un., dopo l'aspetto riguardante la individuazione del giudice territorialmente competente, attiene il profilo della sussistenza o meno della *mora debendi*, e delle relative conseguenze sulla posizione del debitore. Ed infatti, nel caso in cui la somma di denaro pretesa in giudizio difetti del necessario presupposto della liquidità, in tale ipotesi non solo, come si è visto, il creditore non potrà avvalersi del criterio di collegamento di cui all'art. 1182, 3° comma c.c., ma, altresì, non gli sono dovuti gli interessi corrispettivi ex art. 1282 c.c. e, trattandosi di obbligazioni chiedibili, la mora del debitore si determinerà non già (come invece per le obbligazioni portabili) ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 3, c.c., alla scadenza del

termine in cui il pagamento deve essere eseguito (ipotesi della c.d. *mora ex re*), bensì, ai sensi del primo comma del richiamato art. 1219 c.c., e quindi solo mediante richiesta formulata per intimazione o atto scritto, con decorrenza, quindi, solo da tale momento, degli interessi moratori. Tutti elementi, quella sopra richiamati che, ad avviso di chi scrive, dimostrano come l'adesione da parte delle sez. un. all'orientamento più restrittivo si riveli la scelta più corretta dal punto di vista sistematico, esegetico e, non ultimo, anche da quello eminentemente pratico, anche perché, come affermato da altra dottrina, tale ultimo orientamento è da preferire in considerazione di interessi legati alle norme processuali relative all'individuazione del giudice competente per territorio nelle ipotesi disciplinate dall'art. 20 c.p.c.³⁵, a dimostrazione del fatto che, verosimilmente, le sez. un. hanno prestato maggiore attenzione alle ricadute processuali dell'uno e dell'altro orientamento, nella composizione del contrasto, anche perché, come rilevato da ulteriore opinione, la tesi restrittiva risponde alla preoccupazione di limitare la possibilità, per il creditore, di agire in giudizio per conseguire il pagamento della somma di denaro che assume essergli dovuta dal debitore davanti al suo foro, beneficiando di tutti i vantaggi derivanti da una simile possibilità³⁶; e del resto, la ricostruzione appena formulata ha trovato una recente conferma in una decisione delle sezioni semplici della giurisprudenza di legittimità, per di più in una ipotesi di frequente verifica, ovvero una controversia tra avvocato e cliente in cui si contrappongono istanze opposte, ovvero, da parte del professionista, la pretesa di pagamento del credito asseritamente maturato e, da parte del cliente, la contestazione di esso in punto *an* o, almeno, in punto *quantum debetur*, e dove di sicuro il debitore non può considerarsi, nella maggior parte dei casi, la parte "forte" della vicenda; ha affermato infatti la Cass. «L'obbligazione avente ad oggetto il pagamento, in favore di un avvocato, del compenso professionale che non sia stato determinato all'atto del conferimento dell'incarico va adempiuta al domicilio del debitore, ai sensi dell'art. 1182, comma 4, c.c., trattandosi di credito non liquido, sicché, tanto nel caso di azione volta all'accertamento ed alla liquidazione dei compensi dovuti in favore del professionista, quanto di azione di accertamento negativo circa l'esistenza stessa dell'obbligazione, la competenza ex art. 20 c.p.c., in relazione al *forum destinatae solutionis*, va radicata in capo al giudice del luogo ove il debitore ha il proprio domicilio alla sua scadenza»³⁷.

³² Come succede nel caso di ingiustificata ed arbitraria evocazione in giudizio di tale soggetto dinanzi al foro del domicilio del creditore, magari distante molte centinaia di km da quello del primo.

³³ Cass., 27 maggio 2015, n. 10002, in *Giust. civ.*, Mass., 2015, che testualmente ha affermato «L'eccezione di incompetenza per territorio non è proponibile dalla parte contumace dopo la definizione del giudizio di primo grado, salvo che ricorrano gli estremi per la rimessione in termini ai sensi dell'art. 294 cod. proc. civ.».

³⁴ Cass., 23 maggio 2012, n. 8189, in *Giust. civ.*, Mass., 2012, 5, p. 661.

³⁵ M. DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino, 1999, p. 211 e ss.

³⁶ M. CANTILLO, *Le obbligazioni, II*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Milano, 1992, p. 450 e ss.

³⁷ Cass., ord., 4 gennaio 2017, n. 118, in CED, Cassazione, 2017.

Riccardo Sabato

Diplomato presso la scuola di specializzazione per le professioni legali

Luci ed ombre sulla buona fede: tra controllo di meritevolezza e "apriscatole giuridico"

abstract

This paper aims at analysing the evolution of the role of so-called "objective" good faith under Italian law, once only serving as a rule complementing contract clauses and now being understood as a source of obligations based on social contact as well as an innovative basis for remedies in court litigation, up to the new concept involving good faith in the performance of contract as a tool to produce its invalidity through the control that the judge may exert on the worthiness of protection of the interests involved. In the conclusions, the author attempts to bring consistency into a system in which many observers emphasise the existence of a contradiction, i.e. the use of a rule governing the conduct of parties – fairness – as a rule impacting on the validity of the contract.

keywords

"Objective" good faith – Duty of fairness – Abuse of rights – Control of worthiness – "Claims made" clauses – Manifestly excessive penalty or earnest money – Rules of conduct and validity of contracts – Protection obligations.

abstract

Il contributo si propone di analizzare le diverse fasi dell'evoluzione che l'istituto della buona fede oggettiva ha conosciuto nell'ordinamento italiano, da regola integrativa del contratto a fonte di contatto sociale e di strumenti innovativi di tutela, fino al nuovo approdo di una buona fede esecutiva "demolitoria", produttiva in via mediata della invalidità del contratto per il tramite del controllo di meritevolezza. Le conclusioni tendono a ricondurre a coerenza il sistema, secondo molti reso contraddittorio dall'utilizzo di una regola di comportamento, la correttezza, quale regola di validità.

parole chiave

Buona fede oggettiva – Doveri di correttezza – Abuso del diritto – Controllo di meritevolezza – Clausole claims made – Caparra o penale manifestamente eccessiva – Regole di comportamento e di validità – Obblighi di protezione.

sommario

1. Buona fede oggettiva e correttezza: cenni alla storia della figura. – 2. Doveri di correttezza. – 3. Contatto

sociale ed effetti protettivi. – 4. Abuso del diritto ed *exceptio doli generalis*. – 5. Buona fede e ordine pubblico economico. – 6. Buona fede e meritevolezza del contratto.

1. Buona fede oggettiva e correttezza: cenni alla storia della figura

Mentre nel codice del 1865 (art. 1124) si stabiliva che «i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso, la legge ne derivano», il codice del 1942¹ ha invece operato una scissione di tali fonti di integrazione del contratto, relegando la buona fede in un'autonoma sede (art. 1375), cui si va però ad aggiungere nel libro delle "obbligazioni" un'espressa enunciazione del dovere di correttezza (art. 1175) nell'«esecuzione del contratto»².

¹ Nella Relazione ministeriale al codice civile si afferma che il principio di correttezza e buona fede, «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore».

² Per alcuni gli artt. 1175 e 1375 c.c. si rivolgerebbero a destinatari differenti, al creditore il primo, essendo il debitore già tenuto ad adempiere con diligenza, ed invece al debitore il secondo (A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 323; M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *NsDI*, XI, Torino, 1965, p. 148; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1959, p. 323). Secondo altri l'art. 1375 c.c. si rivolgerebbe a una sola parte, il debitore, a differenza dell'art. 1175 c.c. (R. NICOLÒ, *Adempimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 558); secondo altri, si dovrebbe distinguere in base alla materia (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, I, Milano, 1974, p. 11) o ancora in forza del carattere negativo o positivo dell'obbligo (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 63). Nonostante la diversa terminologia utilizzata si ritiene comunemente (C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 86; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Utet*, Torino, 1966, p. 50; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino 1988, p. 176; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1990, p. 290) che non vi sia una reale differenza tra buona fede intesa in senso oggettivo e dovere di correttezza, se non al più con funzione meramente descrittiva (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 560), costituendo l'insieme delle due nozioni in sostanza un'endiadi. Infatti, la buona fede è «reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere all'esecuzione del contrat-

Verso la metà degli anni Settanta, rileggendo l'art. 1375 c.c. alla luce del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*³ e in combinato disposto con l'art. 1374 c.c., si è riunito in via interpretativa ciò che il legislatore aveva scelto che fosse per sempre separato⁴.

Si è così riassegnata alla buona fede quella funzione, persasi con il codice del 1942, di eterointegrazione del contratto, nel senso di imporre a ciascuna delle parti⁵ obblighi ulteriori rispetto a quelli stabiliti contrattualmente⁶. Un elenco degli obblighi, in via di prima ap-

to, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase» (Cass. civ., 5 marzo 2009, n. 5348 in *Corr. giur.*, 2009, fasc. 11, p. 1504; 11 giugno 2008, n. 15476 in *Mass. C.E.D. Rv.* 603542-01); quindi si tratta della correttezza. Diversamente è sostanziale la differenza tra buona fede oggettiva e soggettiva, pure talvolta richiamata dal codice e costituita dall'ignoranza di ledere gli interessi altrui (v. G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 77), e tra queste e la diligenza (su cui F. D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «ingiusto»*, ivi, p. 567).

³ Già prima alcuni Autori avevano immaginato un ricorso alle norme costituzionali per rendere determinato il contenuto della clausola generale di buona fede (S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 151 e G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 293). Cfr. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 373 s. *Contra*, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, *passim*, il quale conclude con l'affermazione che il «contenuto assiologico» della clausola della correttezza e della buona fede è sufficiente a sé stesso «senza bisogno di stampelle costituzionali». Sul ruolo della Carta costituzionale nel diritto civile con riferimento alle clausole in bianco presenti nel codice, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, *passim*.

⁴ Probabilmente la buona fede non è stata inclusa tra le fonti al fine di evitare possibili arbitri da parte dei giudici che, utilizzando un principio così generale e nebuloso, potessero sentire l'esigenza di sostituirsi in modo imprevedibile alle scelte negoziali, disconoscendo quella forza di legge tra le parti voluta dall'art. 1372 c.c., sulla base di un criticabile «paternalismo contrattuale» (espressione di A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 12); eliminazione avvenuta non a torto, come si vedrà, potendosi evidenziare fin d'ora la confusione del sistema attuale in cui il canone di buona fede invece non conosce più limitazioni applicative. Peraltro, come notato da C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milano, 1984, p. 474, la stessa giurisprudenza ha per lungo tempo evitato l'uso di clausole generali come la buona fede, data l'infelice strumentalizzazione delle clausole generali operata nei regimi totalitari (G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163; F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Milano, 1983, p. 171 ss.).

⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 479.

⁶ Spesso è riportato come esempio quello, affrontato da Cass. civ., 5 gennaio 1966, n. 89 (in *Foro it.*, Rep. 1966, voce Cassazione civile, n. 154), dell'obbligo per il venditore di prestare il proprio consenso a rettificare l'atto pubblico di vendita al fine di rimuovere un errore relativo ai dati catastali. Più recentemente vi si potrebbe ricondurre l'ipotesi di *leasing* finanziario analizzato da Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785 per cui «il concedente, informato dall'utilizzatore dell'esistenza del vizio, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo dovuto al fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire per la risoluzione del con-

tratto, è il seguente: obblighi informativi o, viceversa, di segretezza, di modificare il proprio comportamento o di tollerare modifiche alla prestazione da ricevere⁷ o, infine, di vincolare le modalità di esercizio del diritto al fine di salvaguardare i c.d. «interessi di prestazione» della controparte entro il limite, «lasco» come si vedrà, dell'«apprezzabile sacrificio»⁸.

Ciò viene a porre la buona fede a essere forse l'unica vera fonte d'eterointegrazione contrattuale sostanzialmente non predeterminabile, pericolo che il legislatore in qualche modo voleva scongiurare con la formulazione dell'art. 1374 c.c.; infatti, mentre legge e gli usi particolari sono di per sé predeterminabili, l'equità, salvo quanto si dirà, è in ogni caso subordinata dall'art. 1374 c.c. alla mancata applicazione di una previsione legislativa («*aequitas sequitur legem*»), previsioni di legge tra cui potenzialmente rientra anche la stessa buona fede per il tramite dell'art. 1375 c.c. .

2. Obblighi di protezione

Alla lista degli obblighi integrativi «*ex fide bona*» si sono poi aggiunti sulla scorta dell'esperienza tedesca⁹

tratto di fornitura o la riduzione del prezzo» (Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Giur. it.*, 2016, 33 con nota di V. VALENTINA e P. A. MESSINA, in nuova *Giur. civ. comm.*, 2016, 1, 253 con nota di M. FERMEGLIA e in *Dir. e giust.*, 35, 2015, p. 59 con nota di G. TARANTINO).

⁷ In questo senso potrebbe forse essere letta Cass. civ., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617 in *Dir. e giur.*, 2008, 232 con nota di R. CATALANO e in *Corr. giur.*, 2008, 500 con nota di A. DI MAJO in base alla quale «il debitore può pagare mediante moneta avente corso legale nello Stato o mediante assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento, come invece, può nel secondo motivo da valutare secondo le regole di correttezza e buona fede» senza che si dia luogo ad una *datio in solutum*. Tuttavia la S.C., pur richiamando la buona fede, la utilizza bensì per un'interpretazione evolutiva del principio nominalistico e del termine «moneta» *ex art. 1277 c.c.* da intendersi non più come l'oggetto materiale del pagamento ma come valore monetario, e quindi, apparentemente, non come obbligo di tollerare modifiche alla prestazione. In relazione, rispettivamente, alla prima sentenza N. TURCHINI, *Sull'oggetto dell'obbligazione pecuniaria e sul suo adempimento*, in *Riv. not.*, fasc. 1, 2009, p. 209; ed alla seconda R. CORRADO LEDA, *Adempimento di obbligazione pecuniaria: il creditore può rifiutare il pagamento mediante assegno solo per giustificato motivo*, in *Dir. e giust. online*, 0, 2010, p. 323.

⁸ Cass. civ., sez. III, 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077, con nota di G. BELLANTUONO, con la seguente massima: «in tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia come impegno o obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte».

⁹ Teorizzazione che viene solitamente fatta risalire a H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, *passim* (l'edizione originale è H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904) per dare soluzione ad una lacuna, mostratasi nella pratica dalla nuova codificazione tedesca allora da poco introdotta, in materia di obbligazioni; *Contra*. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, Roma 1990, XXI, secondo cui la formulazione va fatta risalire alle teorie di

in tema di buona fede (“*Treu und Glauben*” di cui al §242 BGB) degli ulteriori obblighi, non funzionali all’interesse patrimoniale della controparte ma alla tutela di interessi inerenti la sfera personale di una delle parti (c.d. obblighi di protezione¹⁰), prodotti da fatti lesivi e su cui influisce l’esecuzione della prestazione, tali tuttavia da non integrare la regola contrattuale ma finalizzati ad attuarla, non potendo il giudice modificare l’assetto regolamentare¹¹.

Sulla base degli obblighi tipizzati da legge in casi particolari (artt. 1586, 1663, 1805, 2087, 2105 c.c.) si sono così individuati obblighi: di informazione, di avviso, di custodia del bene dovuto e di conservazione mediante sistemi di sicurezza, di segreto, di salvataggio e di cooperazione.

3. Contatto sociale ed effetti protettivi

Poiché attraverso la configurazione di obblighi di protezione si è potuto prescindere sia dalla venuta ad esistenza di una prestazione principale che dallo stesso rapporto obbligatorio sottostante, essendo necessari per aversi obblighi di protezione solo una situazione di affidamento qualificato dalla buona fede oggettiva e dalla posizione delle parti, la portata del principio si è potuta espandere ulteriormente con la teorizzazione del “contatto sociale”¹². Per l’introduzione di tale scaturigine di obbligazioni si è valorizzata in ottica evolutiva l’apertura del codice alla atipicità delle fonti delle obbligazioni, con l’inclusione all’art. 1173 c.c. della

previsione, di matrice pseudogaiana, delle *variae causarum figurae* delle *Res cottidianae*, ossia la possibilità di individuare obbligazioni sorgenti anche da «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico».

Rimane storica la presa di posizione sul punto da parte della S.C. secondo cui «vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l’inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali. In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte, che ha avuto modo di inquadrare nell’ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sent. n. 589/1999 e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sent. n. 11503/2003; n. 5881/2000); ed al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sent. n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005)»¹³.

Come precisato anche dalla sentenza citata, si è allo stesso tempo consolidata l’impostazione per cui tali obblighi di protezione sussistono anche nei confronti di quei terzi legati al creditore della prestazione da una relazione di parentela, convivenza o lavoro che li pone in stretto contatto con costui e quindi, indirettamente, con l’operazione contrattuale; rimane invece discussa la norma di riferimento in relazione ai terzi, visto il principio di relatività degli effetti contrattuali di cui all’art. 1372 c.c.

Da taluni essa viene individuata nel contratto a favore di terzi ex art. 1411 c.c., teoria che si sottopone però alla forte critica che in questo caso non vi è realmente una possibilità di rifiuto da parte del terzo, come sarebbe richiesto dalla legge al fine di superare il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui; viene perciò individuato, in alternativa, «un tipo contrattuale a sé stante, non disciplinato dalla legge, più debole rispetto al contratto a favore di terzi, frutto di un’elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata nei diritti tedesco ed austriaco»¹⁴ in forza del quale, nell’ambito del diritto della controparte contrattuale o da contatto alla prestazione principale, viene assicurato in forza dei principi della buona fede e di correttezza (ed in particolare del principio di solidarietà di

R. VON JHERING, il quale sempre al fine di colmare una lacuna del codice in punto di *culpa in contrahendo* ritenne che si dovesse consentire il risarcimento, ingenerato dal contatto negoziale (*geschäftlicher Kontakt*), per l’omesso controllo dell’assenza di cause di invalidità. Infatti la previsione di un obbligo di buona fede nelle trattative, senza contratto e quindi senza prestazione, mostra l’ammissibilità (C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 693 ss.: «la previsione dell’obbligo di buona fede è indice sicuro di un rapporto obbligatorio, non di un rapporto che tale è perché si ponga in vista di un contratto; tanto più che il contratto potrà non essere mai stipulato»). La dottrina tedesca ha infine elaborato la definizione di “*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*”.

¹⁰ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, *passim*; cfr. anche ID., *L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.; F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539 ss. *Contra* cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 14 ss.; U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato del dir. civ. e comm.*, XVI, Milano, 1984, p. 18 ss.

¹¹ Così F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 798.

¹² A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012, *passim*; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004, *passim*; quest’ultimo evidenzia come la nuova figura del contatto sociale sia stata impiegata in particolar modo in quei casi in cui è di per sé discussa la natura della responsabilità «per il suo trovarsi in un’area di interferenza fra il contratto ed il fatto illecito».

¹³ Così Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 in *Giur. it.*, 2009, 2196.

¹⁴ E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 357 e ss.

cui all'art. 2 Cost.¹⁵) l'ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi; terzi i quali potranno altrimenti agire in proprio, facendo valere la medesima responsabilità da contatto.

La dottrina, in tal senso, ha chiarito che «il presupposto di tale estensione ai terzi è che essi si trovino esposti al rischio di danni in occasione dell'esecuzione del contratto in ragione della loro particolare posizione rispetto ad una delle parti, ovvero che il creditore della prestazione abbia interesse alla loro protezione»¹⁶.

Come richiamato in sentenza (Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 cit.), la giurisprudenza ha avuto modo di estendere la protezione a terzi con particolare riferimento al contratto di spedalità, in relazione al diritto a nascere sano del concepito¹⁷ e da nascita indesiderata per omessa diagnosi di malformazioni del feto al padre, «atteso il complesso di diritti e doveri che si incentrano sul fatto della procreazione»¹⁸.

Numerose e in via di espansione sono oggi le ipotesi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza di un contatto sociale: oltre a quelle note del contratto di spedalità¹⁹, dell'istituto scolastico verso l'alunno per autolesione²⁰, della banca per il pagamento di un assegno circolare a soggetto non legittimato²¹, della P.A. per inesatte informazioni fornite al cittadino²², vi si vanno aggiungendo quelle, oggetto di affermazione recente da parte della S.C., del contatto verso i soci di minoranza per violazione di o.p.a. obbligatoria²³ e del contatto tra le parti di una trattativa precontrattuale²⁴

nonché, da ultimo, nella giurisprudenza di merito, tra associato e partito politico²⁵ o tra detenuto ed amministrazione penitenziaria²⁶.

4. Abuso del diritto ed *exceptio doli generalis*

La buona fede, soprattutto nella sua formulazione *in executivis*, come anticipato, ha avuto largo spazio applicativo in relazione ai poteri discrezionali unilaterali, come i diritti potestativi, i poteri disciplinari del datore di lavoro privato, i poteri di autotutela (recesso *ad nutum* ed eccezione di inadempimento), oltre che di abuso del diritto di azione nel processo civile. In tale senso è stata formulata la tesi dell'immanenza nel nostro ordinamento di un generale divieto di abuso del diritto²⁷.

I, p. 2685 con nota di A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e «culpa in contrahendo»: verso la tesi contrattualistica.*

¹⁵ Ha ritenuto sussistente, in modo innovativo, un contatto sociale qualificato tra partito politico ed associato Trib. Sulmona, 16 aprile 2013, in *Resp. civ. e prev.*, con nota di G. F. AIELLO, «Note critiche sulla responsabilità da contatto sociale dell'organo di un partito politico (nota a Trib. Sulmona 16 aprile 2013)», 2, 2014, p. 628 e, ivi, p. 346, con nota di G. U. MARASCA, *Danno da mancata candidatura e contatto sociale.*

¹⁶ Trib. Palermo, decreto, 1 giugno 2015, n. 3638, in *dirittocivilecontemporaneo.com.*, trattandosi di una pronuncia su un ricorso ex art. 35-ter l. n. 354 del 1975 (inserito dall'art. 1 d.l. n. 92 del 2014).

¹⁷ Al fine di non indebolire il principio della certezza del diritto con una clausola generale come quella dell'abuso del diritto, si è deciso di non inserire, nella stesura definitiva del codice civile del 1942, l'art. 7 del progetto preliminare secondo il quale «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto».

La questione non fu però ignorata, il legislatore ha preferito inserire nel codice civile vigente disposizioni specifiche con cui sanzionare l'abuso in relazione a determinate categorie di diritti: l'abuso della potestà genitoriale (art. 330 c.c.), abuso dell'usufruttuario (art. 1015 c.c.), abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratorio (art. 2793 c.c.). Ci sono poi disposizioni di maggior portata applicativa quali l'art. 833 c.c., concernente il divieto di atti emulativi, impiegato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in generale, e gli artt. 1175 e 1375 c.c. che hanno consentito di disciplinare l'abuso di diritti relativi o di credito. Riconoscimenti del principio sono poi presenti in discipline settoriali (statuto del contribuente) ed affermate a livello sovranazionale (principi UNIDROIT, Convenzione Europea dei diritti umani, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). *Ex multis*, cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, p. 205 ss., e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.; ID., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, ivi, 2011, p. 653 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, p. 18 ss.; C. SALVI, voce *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1998, p. 5 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto Civ.*, Agg. VII, Torino, 2012, p. 1 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 467 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto Civ.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 106-120; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.; Tra le monografie v. M.

¹⁵ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 168 e 174 e ss.

¹⁶ A. AMATUCCI, *I contratti con effetti protettivi*, incontro di studio del 28 aprile 2010, in *personaedanno.it*.

¹⁷ Cass. civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550. Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767 in *Foro it.*, 2016, I, p. 506 ha invece escluso la possibilità di un risarcimento per danno a non nascere se non sano.

¹⁸ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3115; Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, I, p. 2403; Cass., sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2097.

¹⁹ Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 4, p. 441, con nota di A. DI MAJO.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2365. Paradossalmente si distingue in tal modo l'ipotesi di autolesione da quella di eterolesione, coperta invece direttamente dal codice come un'ipotesi di responsabilità oggettiva di tipo extracontrattuale di cui all'art. 2048 c.c.

²¹ Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712 in *Giur. it.*, 2008, p. 1150. Anche questa è un'ipotesi peculiare essendo qui tutelati tutti i soggetti che potrebbero avere interesse alla legittimità delle attività bancarie.

²² Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15992 in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 169.

²³ Cass. civ., sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560 in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 573; C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 52; A. TUCCI, *La violazione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto. Rimedi e tutele*, Milano, 2008, p. 105.

²⁴ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 in *Foro it.*, 2016,

La titolarità di un diritto non implica di per sé un illimitato potere libero nei fini: così sono sindacabili per la giurisprudenza tutti quegli atti di esercizio del diritto posti in essere per realizzare uno scopo diverso da quello per cui il diritto stesso è stato attribuito, pur formalmente risultando rispettati i limiti esterni (abuso del diritto o del potere relativo, ad es. rappresentativo). Invece il superamento dei suddetti limiti esterni darebbe luogo ad eccesso di potere, se corrispondente all'interesse sotteso.

L'abuso del diritto è dunque un criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva.

In tale prospettiva Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462, in Mass. C.E.D., Rv. 598434, ha individuato come segue gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto: «1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte...L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore».

«È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. Nella formula della mancanza di tutela sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti – ed i diritti connessi – attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata»²⁸.

L'area applicativa di maggiore interesse pratico del divieto di abuso è forse costituita dal divieto di abuso del processo e delle garanzie personali (*fidejussio omnibus*, *Garantievertrag*).

Il generale divieto di ingenerare affidamenti incolpevoli circa il non esercizio del recesso (in caso di abuso esso sarebbe impossibile, inefficace o fonte di risarcimento, a seconda delle circostanze); e ciò in applicazione del divieto di *venire contra proprium factum*, alla base della *Verwirkung* tedesca, quale divieto per la parte che intende far valere un diritto di porsi poi in contraddizione con il comportamento dallo stesso assunto in precedenza (arg. ex artt. 1359, 1426, 1955, 2045 c.c. e artt. 157, 705 c.p.c.).

Numerosi sono poi gli altri casi affrontati dalla giurisprudenza anche recente. Si possono citare, *ex multis*: l'abuso di personalità giuridica (Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2000, n. 804 in Giur. it., 2000, 1663), la delibera preordinata ad avvantaggiare ingiustamente i soci di maggioranza (Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9353 in Riv. not., 2004, 216), l'iscrizione di ipoteca giudiziale sproporzionata rispetto al credito (Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2016, n. 6533 in Giur. it., 2016, 2103), l'esercizio della clausola risolutiva espressa (Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2015, n. 23868 in Giur. it., 2016, 2364).

La buona fede è dunque nel nostro sistema essenzialmente una formula produttiva di obblighi di comportamento la cui violazione è ordinariamente valutabile alla stregua di un inadempimento grave del contratto, con i relativi rimedi della risoluzione e del risarcimento del danno ovvero, ove possibile, dell'eccezione di inadempimento e dell'esecuzione forzata.

In relazione all'abuso la giurisprudenza invece ha sostanzialmente creato, non senza critiche, tutele ulteriori e differenti: la paralisi dell'azione o dell'eccezione con l'*exceptio* (o *replicatio*) *doli generalis seu presentis*²⁹ o la perdita dello stesso³⁰; la nullità, l'annullabilità o

²⁹ L'istituto, di stampo pretorio, sorge nel diritto romano dalla prassi del *praetor peregrinus* che era chiamato molto spesso a correggere la rigidità dello *ius civile vetus* con decisioni creative.

³⁰ Non è tuttavia sempre facile predeterminare il rimedio da utilizzare avverso forme di abuso del diritto e l'ambito stesso di quest'ultimo. Ciò appare ben dimostrato dalla trattazione in sede giurisprudenziale della nota questione in tema di parcellizzazione dei crediti mediante plurime azioni idonee ad aggravare la posizione dei convenuti come affermatasi a seguito di Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726. Infatti Cass. civ., sez. III, ord., 19 marzo 2015, n. 5491, nel rimettere alle sez. un. la questione circa la sanzione per tale parcellizzazione, ha ricevuto come risposta dalle sez. un. un inaspettato *distinguo*. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, ha enunciato il seguente principio: «sono proponibili, in separati processi, le domande afferenti diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad uno stesso rapporto di durata tra le parti; se tali diritti, oltre a derivare da un rapporto siffatto, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque 'fondati' sull'identico fatto costitutivo (sicché il loro separato accertamento provocherebbe una duplicazione di attività istruttoria e la conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale), le relative domande possono formularsi in separati giudizi solo se il creditore agente risulti avere un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata; ove

MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; M. P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006.

²⁸ Così invece Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, 2010, 1, p. 185.

l'inefficacia dell'atto³¹ contrario a buona fede.

Tale impostazione, secondo alcuni, costituirebbe un'inammissibile controllo giudiziale sulle scelte negoziali in palese contrasto con la regola dell'autonomia negoziale.

Tra le tutele può essere fatta rientrare anche l'eccezione di inesigibilità della prestazione quando l'esigibilità appaia abusiva rispetto a fatti sopravvenuti (ad es., usurarietà). A seconda delle circostanze la tutela può essere individuata in un ampliamento della forza maggiore o dell'impossibilità (o dell'eccessiva onerosità) sopravvenuta.

5. Buona fede e ordine pubblico economico

La Corte di cassazione, con le notissime e consolidate sentenze "gemelle", rese a sez. un., il 19 dicembre 2007, nn. 26724-26725³², ha negato che la buona fede, in quanto regola di comportamento, possa condurre all'invalidità del contratto, a differenza delle regole di validità (equità³³, liceità, meritevolezza, non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume); ciò salvo eccezioni espressamente volute dalla legge, o, più in generale, per i contratti asimmetrici.

Nemmeno è perseguibile, come statuito per i contratti consumeristici da tale sentenza dalla S.C., la strada dell'illiceità per contrarietà all'ordine pubblico economico³⁴.

la necessità di un tale interesse e la relativa mancanza non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda rilevarle dovrà indicare la relativa questione *ex art.* 183 c.p.c. e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie *ex art.* 101, comma 2, c.p.c.».

³¹ Come le delibere assembleari concluse in abuso di maggioranza. Secondo F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 57 si tratterebbe in questi casi in realtà di interessi legittimi privatistici venendo in rilievo interessi generali. Per una disamina della casistica cfr. E. LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, 2004, p.151 ss.

³² A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività dell'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?* in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre n. 26725*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2008, p. 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.

³³ Taluno individua nel principio di solidarietà una «direttiva costituzionale alla specificazione giudiziale dell'equità» (F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 391 ss.). L'A. ritiene che l'equità, essendo una regola di validità, sia idonea a sostituire la buona fede esecutiva nella sua applicazione pretoria.

³⁴ Ciò non è del tutto errato se, come è ormai pacifico in giurisprudenza, non è ammissibile una clausola di esonero dal comportamento secondo buona fede, applicandosi così l'art. 1229, c. 2 c.c., né di esclusione dell'interpretazione secondo buona fede del contratto *ex art.* 1366 c.c.; ciò perché la normativa in punto di buona fede si ricollega a principi di ordine pubblico costituzionale. Cfr. anche il riferimento all'"ordine pubblico – economico – di protezione" in materia consumeristica, quale tutela del

Se è infatti vero che la normativa comunitaria è di ordine pubblico, specie in punto di disciplina della concorrenza³⁵, con conseguente nullità anche dei contratti conclusi in esecuzione di intese tra imprenditore, la S.C. si è mostrata chiusa sul punto in relazione alle nullità di protezione consumeristiche.

Vi si precisa, in particolare, che «l'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile (...) Va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418 c.c. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando – come nel caso in esame – l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali (...) Né giova appellarsi alla valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento degli intermediari finanziari, per i riflessi che ne possono derivare sul buon funzionamento dell'intero mercato.

«complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica)» ovvero delle «stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi)», pur se in *obiter*, Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 15 marzo 2015, con nota di F. Russo, *La rilevanza d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)* e di N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*. Giova rilevare come la sentenza non paia porsi in contrasto con il consolidato orientamento sulla distinzione tra regole di comportamento e di validità, intendendo con il richiamo all'ordine pubblico economico fare comunque riferimento alle ipotesi tipizzate di nullità per violazione di regole di comportamento.

³⁵ Cfr. Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207 in *Foro it.*, 2005, 1, 1014. Per la teoria della nullità dei contratti a valle di tali intese per violazione dell'ordine pubblico economico v. S. LA CHINA, *Commento sub art. 33*, in *Conc. e merc.*, a cura di Alpa e Afferni, Padova, 1994, p. 647 ss.

Alla tutela di siffatto interesse sono preordinati il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, ma nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, tanto più che questa dovrebbe pur sempre logicamente essere concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa (come infatti indicano le citate disposizioni del d.lgs. n. 58 e del d.lgs. n. 190, con riguardo ai casi in cui la nullità è effettivamente contemplata), e già questo, in difetto di qualsiasi norma che espressamente lo preveda, rende problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità configurata dall'art. 1418 c.c., comma 1».

6. Buona fede e meritevolezza del contratto

La nuova fase delle riflessioni giuridiche sul tema della buona fede è stata caratterizzata proprio dal cercare di rispettare il *dictum* del 2007, assolutamente condivisibile in forza dei principi generali, pur perseguendo i medesimi risultati pratici della violazione di regole di validità³⁶, senza cadere in contraddizione.

L'«apricatole giuridico»³⁷ sembrerebbe essere stato individuato nella riscoperta del controllo di meritevolezza³⁸ riletto alla luce del canone di buona fede.

Il controllo di meritevolezza pareva essere stato oggetto di un abbandono in tempi recenti in forza della considerazione che l'autonomia negoziale non può (non dovrebbe) essere costretta entro il limite dell'utilità sociale; abbandono segnato in particolare dal passaggio dall'individuazione dell'elemento causale in astratto a quella in concreto.

Secondo l'impostazione corporativistica prevalente durante la codificazione la visione «funzionalizzatrice» del contratto, cioè del contratto quale strumento di perseguimento delle finalità pubbliche mediante le azioni private, avrebbe dovuto impedire che i contraenti potessero perseguire con esso un interesse socialmente «frivolo, futile o improduttivo dal punto di vista della generalità dei consociati»³⁹; interessi questi

che andavano invece relegati nella sfera del non giuridico (obbligazioni naturali, patti tra gentiluomini e rapporti di cortesia), «non meritevoli» appunto di essere tutelati giuridicamente dall'ordinamento, ossia con strumenti coercitivi⁴⁰.

Lo spunto per un ripensamento circa il controllo di meritevolezza è giunto da una peculiare decisione della Corte costituzionale (ord., 2 aprile 2014, n. 77⁴¹), occupatasi della paventata irragionevolezza del sistema del codice civile il quale non prevede la riducibilità della caparra confirmatoria eccessiva, diversamente dalla clausola penale, rigettando la questione perché il giudice «non aveva tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza *ex officio* della nullità (totale o parziale), *ex art.* 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*».

Tale eversivo principio è stato poi utilizzato dalla giurisprudenza successiva, come si dirà, per giustificare un controllo di meritevolezza più penetrante rispetto al passato.

Al riguardo, pare opportuno menzionare subito che un controllo di meritevolezza «esteso» pone tre preliminari ordini di dubbi tra loro interconnessi.

Una prima questione concerne l'effetto sul regolamento contrattuale che l'esito negativo del controllo di meritevolezza produce. Esso può, in ipotesi, o condurre alla nullità, totale o parziale, del contratto o, secondo altra ricostruzione, all'inefficacia del contratto, o di una clausola di esso, per irrilevanza (inesistenza?) giuridica.

Nel primo caso si avrebbe da parte dell'ordinamento una «qualificazione negativa» del negozio, pur esistente, ma a cui l'ordinamento si oppone; nel secondo

³⁶ Invero la sanzione della nullità comporta il duplice vantaggio per la controparte, da un lato, della restituzione delle somme senza dover dimostrare il *quantum* del danno subito ed il nesso causale e, dall'altro, dell'assenza di rilievo del proprio eventuale fatto colposo. È quindi ben chiaro perché la giurisprudenza, specie in ipotesi di contratti asimmetrici e pur in assenza di ipotesi di nullità tipiche, persegua questa soluzione in funzione della miglior tutela del contraente debole.

³⁷ Cfr. R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, p. 2039 ss., a commento della sentenza della Corte cost., ord., 2 aprile 2014 n. 77, di cui si dirà a breve.

³⁸ Per una rassegna delle interpretazioni circa l'art. 1322, c. 2 c.c., cfr. M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423 ss., e A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XI, Torino 1994, p. 324 ss.

³⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1943, p. 246; teoria recepitata dal codice secondo

l'impostazione dirigitica dell'epoca e coerentemente con la causa in astratto.

⁴⁰ MIRZIA BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 790 ss., per tale via nega alla meritevolezza natura di limite all'autonomia privata e vi attribuisce quello di predicato della stessa.

⁴¹ Preceduta da altra ordinanza della Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, con il medesimo contenuto. Analizzate da G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, in *I Contratti*, 2014, p. 926 ss. L'Autore sottolinea il «carattere eversivo» del principio e, in particolare, il paradosso che «la tutela del contraente sarebbe minore (anziché maggiore) quando questo contraente sia un «consumatore», perché in tal caso la «vessatorietà» (e dunque la nullità) della clausola potrebbe risultare esclusa, se si prova che vi sia stata una specifica «negoziante» al riguardo, prova che invece sarebbe ininfluente in un contratto che risulti stipulato «tra eguali».

una “inqualificazione giuridica” del negozio che non verrebbe affatto riconosciuto dall’ordinamento.

Tale seconda ricostruzione sembra in particolare alla base di Cass. civ., sez. VI, ord., 30 settembre 2015, n. 19559 in Mass. C.E.D. Rv. 637208-01, secondo cui «la valutazione di non meritevolezza dell’interesse perseguito dalle parti con un contratto atipico non comporta la nullità del contratto, ma semplicemente – come fatto palese dalla struttura stessa e dal tenore letterale della disposizione – l’esclusione del ricollegamento di ogni concreto effetto giuridico alla specifica autoregolamentazione negoziale intercorsa tra le parti, alla quale l’ordinamento resta appunto indifferente... Tale è la conseguenza della irrilevanza giuridica»⁴².

Tale soluzione, a differenza del ritenere la sola causa concreta come assente o illecita, consente di non autorizzare la stessa configurabilità del tipo contrattuale in via generale, impedendo di dover valutare e dichiarare di volta per volta se lo schema contrattuale (come nello specifico il piano “*4you*”) abbia una causa lecita o illecita⁴³.

Un secondo dubbio è relativo a sé il controllo di meritevolezza vada operato solo per i contratti innominati, come richiesto dall’art 1322, c.2 c.c. o anche per i contratti tipici.

La sentenza citata mostra di ritenere che il giudizio di meritevolezza e quello causale non vadano distinti se non terminologicamente, riferendosi l’uno al contratto atipico e l’altro a quello tipico, ma constando della medesima verifica giudiziale⁴⁴.

⁴² Attraverso tale percorso logico-giuridico la S.C. ha statuito che un contratto atipico, come il piano “*4you*” di accumulo (concessione di mutuo per acquisto di prodotti finanziari ad alto rischio, e non previdenziali, in modo unilaterale con mandato alla banca e pegno sui titoli con stipula di una polizza per la restituzione), è non meritevole, in quanto, in estrema sintesi con esso la banca si approfitta delle preoccupazioni previdenziali della clientela in contrasto con gli artt. 38 e 47 cost.

⁴³ Ciò che invece è accaduto in punto di ammissibilità di “*interest rate swap non par*” (cfr. App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459 e App. Torino, 22 aprile 2016, n. 654) ritenuti privi in radice di causa; in passato, allo stesso modo sono stati ritenuti nulli per difetto di causa i contratti di “*dividend washing*” e di “*dividend stripping*”, in quanto da essi le parti non ritraevano alcuna utilità ulteriore rispetto al risparmio fiscale (*ex multis*, Cass. civ., sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398 in *Giur. it.*, 2007, p. 867).

⁴⁴ La sentenza sembra così riferirsi ad un generale controllo sulla causa in concreto del contratto tanto nel controllo di meritevolezza dei contratti atipici quanto nel controllo della causa concreta dei contratti tipici: «la causa concreta costituisce del resto uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell’attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità – ai sensi dell’art. 1343 c.c. – e, per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell’art. 1322 cpv. c.c., (Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898 in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1841)». Cfr. anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 432 secondo cui «il giudizio sulla meritevolezza dell’interesse non può poi prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l’iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41, c.

Se però, come sembra anche in dottrina⁴⁵, il controllo di meritevolezza non si distingue in null’altro dal controllo causale si comprende il perché della comune preferenza per la dichiarazione di nullità e non di irrilevanza del contratto atipico immeritevole.

In questo senso la immeritevolezza in astratto, in tutto paragonabile alla causa in astratto, influisce in via diretta sulla causa in concreto del contratto producendone la nullità per assenza di causa o illiceità della stessa⁴⁶.

Un terzo dubbio è in ordine al se il giudizio vada riferito ai soli contratti, trattandosi di una valutazione astratta sul completo assetto di interessi, quale può essere in ipotesi anche un contratto accessorio come la caparra confirmatoria, o anche per le singole clausole, come prospettato dalla S.C., a sez. un, in relazione alla clausole “*claims made*”⁴⁷.

Anche in questo caso una valutazione causale, oggi in concreto, dovrebbe invero condurre a ritenere tutte le pattuizioni, nonché singole clausole peculiari, quali le “*claims made*”, come clausole essenziali ai fini della dichiarazione di nullità totale; anche perché – ed è questo il portato dell’accezione in concreto della causa – tutte sono collegate alla «funzione individuale

2 Cost.). Questi due principi escludono il ritorno all’antica concezione liberale del contratto, e indicano che la causa dev’essere quanto meno compatibile con l’utilità sociale ... secondo i parametri costituzionali».

⁴⁵ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 449.

⁴⁶ Cfr. L. GORLA, *Il contratto*, I, p. 210, per il superamento del problema del controllo di meritevolezza in quello di liceità.

⁴⁷ Peraltro va notato che si tratta di un problema raramente posti nella pratica essendo giocoforza per la giurisprudenza ritenere che l’apposizione di clausole immeritevoli porti il contratto, anche se di per sé tipico, ad essere qualificato come atipico per superamento in concreto della “flessibilità del tipo contrattuale”, come accaduto proprio nel caso delle clausole *claims made* pure, la cui apposizione rende il contratto di assicurazione della responsabilità civile, tipizzato dall’art. 1907 c.c., un contratto atipico con funzione assicurativa, a differenza delle spurie (o miste), che rientrerebbero tra le modalità di assicurazione modificabili dalla parti all’interno del tipo (così Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro it.*, 2016, I, 3190). Sentenza poi ripresa e sostanzialmente confermata da Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 2016, nn. 24645 e 24646 in *altalex.it*.

Per la differenza tra le due tipologie cfr., da ultimo, Trib. Bologna, sez. III, 24 marzo 2015, in *Pluris-Cedam*: «Si è in presenza di clausole *claims made* pure quando l’assicurazione copre tutte le richieste di risarcimento giunte durante la vigenza dell’assicurazione con la conseguenza che la garanzia risulta estesa anche per gli eventuali sinistri verificatisi nel passato, le cui azioni risarcitorie non siano ancora prescritte. (...) Si è in presenza di clausole *claims made* spurie o miste quando l’assicurazione garantisce le richieste di risarcimento pervenute durante il periodo di assicurazione e limita il periodo di retroattività, ovvero l’estensione della copertura, alle condotte negligenti tenute dall’assicurato nel passato, ovvero quando la copertura assicurativa si limita alle richieste risarcitorie che siano non solo giunte durante il periodo di assicurazione, ma che siano anche relative a condotte tenute durante lo stesso periodo o comunque in un periodo inferiore al termine di prescrizione decennale».

del singolo, specifico contratto posto in essere»⁴⁸ dalle parti (funzione economico-individuale o causa in concreto), cioè allo scopo negoziale unitario che rende in qualche modo atipico perché unico ed irripetibile qualsiasi contratto.

Dunque le soluzioni prospettabili sono quelle della nullità dell'intero contratto con conversione *ex art. 1424 c.c.* nel contratto tipico vicino, o quella della nullità parziale *ex art. 1419, c. I c.c.*, soluzione quest'ultima prescelta dalla sentenza, da ultimo richiamata, in punto di "claims made".

Secondo la tesi della Suprema Corte, la nullità della clausola, lungi dal determinare l'invalidazione dell'intero contratto, determinerebbe l'applicazione (in via analogica) della norma prevista dall'art. 1419, c. 2, c.c.; vale a dire, nello specifico, dell'inserzione automatica nel contratto dello schema legale tipico di gestione del rischio di cui all'art. 1917 c.c., cioè inserendovi la clausola tipica "loss occurrence"⁴⁹.

Appare chiaro che la buona fede esecutiva o "in executivis" è qui richiamata con funzione di "ponte". E l'interprete (il giudice e, prima di lui, l'avvocato) diviene un "pontefice"⁵⁰ per fare da tramite tra la divinità dei valori costituzionali astratti e la realtà terrena del contratto in concreto; in questo modo il controllo di meritevolezza, che si appunta su una regola di validità, viene direttamente influenzato dal criterio della buona fede, attuazione dei principi solidaristici dell'art. 2 Cost.⁵¹, senza essere sottoposto alla critica di far derivare la nullità da una regola di comportamento⁵², nonché consentendo un controllo sull'equilibrio economico generale delle pattuizioni, da verificarsi in concreto.

In questo modo il tritico "solidarietà" – "buona fede" – "causa" o "meritevolezza" viene a realizzare l'aspirazione a una giustiziabilità sostanziale dei rapporti della vita di relazione, tenendo conto della circostanza che, per una larga fascia di contratti, il contenuto sfugge alla determinazione bilaterale dei contraenti in

quanto predeterminato e imposto mediante condizioni generali di contratto⁵³.

Si sarebbe forse potuto consentire che le parti scegliessero in ogni caso se mantenere il contratto così modificato, prediligendo la soluzione della nullità totale, ma lasciando aperta la possibilità di conversione, che, a differenza della nullità parziale, è a domanda di parte, salvaguardando così l'autonomia delle scelte negoziali.

È evidente che con tale scelta la Corte di cassazione, da un lato, mostra di aderire al consolidato indirizzo favorevole al mantenimento in ogni caso e "a ogni costo" del contratto⁵⁴, dall'altro, rivela d'essere probabilmente mossa, come in altri casi, dalla necessità di non fare un torto peggiore al contraente debole che, dall'eventuale eliminazione *in toto* del contratto, potrebbe ricevere un danno ben più grave rispetto al suo mantenimento anche alle condizioni inique inizialmente pattuite (nel caso, ad esempio, di mancanza assoluta di una copertura assicurativa, peraltro molto spesso obbligatoria per legge).

⁴⁸ Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490 in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718. In questo senso ogni contratto è, a suo modo, unico ed irripetibile, perché legato alle contingenze del caso (le singole parti, i loro attuali rapporti in corso nonché quelli conclusi o futuri).

⁴⁹ Accogliendosi, parrebbe, la soluzione prospettata da M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 1228-1229.

⁵⁰ Sia consentito il parallelo con la figura del "pontefice" del diritto romano arcaico (*pontifex*) il cui ruolo secondo l'etimologia era appunto quello di costruire un ponte tra divino e umano.

⁵¹ In questo senso la giurisprudenza avrebbe forse più correttamente potuto fare riferimento alla buona fede come criterio di interpretazione del contratto (art. 1336 c.c.) e non alla buona fede esecutiva, idonea solo ad arricchire il regolamento contrattuale ponendo regole di comportamento. Tuttavia questa preferenza per il richiamo alla buona fede esecutiva è consolidata in giurisprudenza come visto già da tempo.

⁵² Esplicita sul punto la sentenza (cfr. par. 20).

⁵³ C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 433.

⁵⁴ G. DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus, Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale* a cura di L. Cabella Pisu e L. Nanni, Padova, 1998, *passim*.

Il preliminare di preliminare e il diritto alla provvigione del mediatore

abstract

With judgment n. 923 of 17 January 2017, the Court of Cassation reverted to the debate on the validity of the preliminary preliminary ruling, following the judgment delivered to Section Unite in 2015.

In the light of the established jurisprudence, the full legal validity and legal relevance of the contractual subject under consideration can be asserted that, in a “concrete case”, it responds to the various interests and to the most disparate needs of the parties.

This in-depth study then focuses on the other debated issue as to whether or not there is a right to the commission of the real estate broker in the event of a preliminary sale of which the deal has not been successful with the conclusion of the final contract.

keywords

Preliminary preliminary contract – Estate Agent’s commission – Estate Agent responsibility.

abstract

Con la sentenza n. 923 del 17 gennaio 2017 la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla dibattuta questione circa la validità del cd. “preliminare di preliminare”, dando seguito alla sentenza pronunciata a Sezioni Unite nel 2015. Alla luce dell’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, si può affermare la piena validità e rilevanza giuridica della figura contrattuale in esame che, in un’ottica di “causa in concreto” risponde ai più svariati interessi e alle più disparate necessità delle parti.

Il presente approfondimento, poi, si sofferma, sull’altra dibattuta questione, circa la sussistenza o meno del diritto alla provvigione del mediatore immobiliare in caso di “preliminare di preliminare” il cui affare non sia andato a buon fine con la stipulazione del contratto definitivo.

parole chiave

Preliminare di preliminare – Contratto di mediazione – Diritto alla provvigione del mediatore – Responsabilità del mediatore.

sommario

1. Introduzione. – **2.** Il preliminare di preliminare. La posizione della dottrina. – **2.1** segue: La posizione della giurisprudenza. – **3.** Il contratto di mediazione.

– **4.** Il diritto alla provvigione del mediatore. – **4.1** segue: Il diritto alla provvigione in caso di preliminare di preliminare. – **5.** La responsabilità del mediatore. – **6.** Conclusioni.

1. Introduzione

Nell’attuale realtà socio-economica è sempre più diffusa la prassi di concludere affari e contratti mediante la preventiva stipulazione di accordi preliminari al fine di vincolare le parti alla successiva e definitiva contrattazione. Il più delle volte ciò avviene con la sottoscrizione di moduli preformati volti a impegnare, vicendevolmente, i contraenti ad addivenire alla stipulazione del contratto definitivo. Il contenuto dei medesimi è, quindi, esclusivamente a carattere obbligatorio e dai quali discende unicamente l’obbligo di prestare il consenso successivamente. Tale fenomeno è particolarmente presente nella contrattazione immobiliare dove, spesso, si inserisce anche la figura del mediatore ossia colui che, mediante la propria opera, mette in relazione il potenziale acquirente con il potenziale venditore, o viceversa.

Nell’ampio perimetro della circolazione di beni immobili, inoltre, è usuale stipulare un primo accordo con il quale le parti si impegnano a stipulare un contratto preliminare di compravendita. Tale accordo è definito come “preliminare di preliminare” e si connota dallo scindere in tre fasi la conclusione dell’affare. Difatti, nella prima fase le parti stipulano un primo preliminare al fine, esclusivamente, di bloccare la contrattazione e compiere, *medio tempore*, tutte le indagini e gli accertamenti che il caso specifico pone. La seconda fase, invece, è caratterizzata dalla stipulazione del vero e proprio contratto preliminare con il quale le parti si impegnano, unilateralmente o bilateralmente, alla stipulazione del contratto definitivo. Quest’ultimo, quindi, connota la terza fase dell’*iter* intrapreso e dal quale discende il trasferimento del diritto reale del bene oggetto della contrattazione. Solo da tale ultimo contratto discendono effetti reali mentre gli accordi delle fasi precedenti sono caratterizzati dalla produzione di soli effetti obbligatori.

Nel corso degli anni la dottrina e la giurisprudenza¹

¹ Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038; Cass. civ., n. 8374/2009; Cass. civ., n. 24333/2008; Cass. civ., n. 19066/2006;

hanno, più volte, dubitato della validità del preliminare di preliminare sostenendo la non rilevanza giuridica del medesimo. Ciò in quanto non si è mai riusciti ad individuare correttamente una giustificazione causale che sorreggesse la stipulazione di un accordo come quello in esame, né si è mai riusciti ad individuare la sua funzione economico-sociale nella conclusione di un affare. Difatti, si è sempre sostenuto che la stipulazione di un contratto preliminare volto ad obbligare le parti alla conclusione di un secondo preliminare non ha ragion d'essere in quanto è sufficiente la stipulazione di un solo preliminare al fine di soddisfare l'esigenza di una o di entrambe le parti riguardo al cd. "controllo delle sopravvenienze", posto come giustificazione causale del tipico preliminare.

Tuttavia, la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione² ha affermato la validità e l'utilità concreta della figura in esame in considerazione della possibile configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto.

La sentenza della Corte di Cassazione³ oggetto del presente approfondimento conferma l'orientamento espresso poco più di un anno fa dalle Sezioni Unite e riafferma, inoltre, il diritto alla provvigione del mediatore immobiliare. Ciò sul presupposto della piena validità del preliminare di preliminare nonché, quindi, sulla completa esecuzione dell'opera di mediazione posta in essere.

2. Il preliminare di preliminare. La posizione della dottrina

La gran parte della dottrina ha generalmente ammesso la validità dei contratti preliminari di contratti ad effetti obbligatori sottolineando la diversità degli effetti che scaturiscono. Difatti dal preliminare sorge l'obbligo a stipulare il definitivo mentre da quest'ultimo sorge l'obbligazione vera e propria⁴.

Tuttavia, la dottrina quasi unanime tende a negare validità al preliminare del preliminare per difetto di causa⁵. Ciò in quanto la figura in esame è diversa dal preliminare di contratti ad effetti obbligatori poiché, come in precedenza evidenziato, gli effetti, seppur entrambi obbligatori, sono diversi. Secondo tali Autori⁶,

un contratto dal quale discende esclusivamente l'obbligo di stipulare un contratto dal quale, a sua volta, sorge l'obbligo di stipulare un'ulteriore contratto definitivo non realizzerebbe alcuna funzione economico-sociale meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. Difatti, si è in presenza di due contratti entrambi preparatori e strumentali al terzo contratto, il definitivo, che non realizzano né mutano in alcun modo l'assetto di interessi delle parti. Analizzando le numerose pronunce giurisprudenziali antecedenti alla sentenza a Sezioni Unite del 2015 nonché la prassi diffusa nella contrattazione immobiliare, dove, spesso, ci si avvale dell'opera di agenzie immobiliari, la dottrina attribuisce alla sottoscrizione della proposta contrattuale sottoposta al cliente dall'agente immobiliare la natura di mera "puntuazione" non vincolante in forma obbligatoria e non riconducibile al *genus* di contratto preliminare.

Tali "puntuazioni" caratterizzano la fase delle trattative in cui l'intenzione delle parti pare essere ben lontana dalla vera volontà di assumere un impegno contrattuale definitivo, quandanche obbligatorio, soprattutto alla luce della scarsità di informazioni e dati relativi al contenuto del contratto che poi, in un secondo momento, intenderebbero concludere. Inoltre, tali proposte contrattuali, di norma, sono sottoscritte alla presenza del mediatore e sono contenute in moduli prestampati nei quali sono inserite informazioni poco dettagliate inerenti l'immobile oggetto di contrattazione.

Le "puntuazioni", secondo tale dottrina, sono ricostruite come atti volti a definire l'inizio formale delle trattative e quindi a dare certezza al momento da cui far decorrere i termini per l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1337⁷-1338⁸ c.c. nonché a definire alcuni aspetti centrali della trattativa medesima quali il bene in oggetto ed il relativo prezzo.⁹

Secondo altra parte della dottrina la questione della validità del preliminare di preliminare deve essere riletta da un angolo di visione più moderno tenendo conto dell'evoluzione normativa e dottrina. Difatti, la problematica sollevata dalla dottrina tradizionale della nullità per mancanza di causa va rivista alla luce del moderno concetto di causa del contratto. L'elemento causale non è più identificato con il "tipo contrattuale" e non assolve più ad un'astratta e tipizzata funzione economico-sociale bensì essa racchiude in sé

minare e preliminare di preliminare, nota a Pret. Bologna 9 aprile 1996, in *Giur. It.*, 1997, I, 2 col. 539 ss.

⁷ Art. 1337 c.c.: «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

⁸ Art. 1338 c.c.: «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

⁹ U. LAPORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato* 1/2010, p. 48 ss., Ipsos, Milano.

Cass. civ., n. 5140/2005.

² Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628.

³ Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 923.

⁴ M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, p. 192 ss., Giuffrè, 2002, Milano; S. SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, col. 73 ss., in particolare col. 76

⁵ In dottrina si è soliti far espresso riferimento alla "inutilità" di un contratto come categoria concettuale che testimonia l'assenza di causa e, dunque, la sua nullità. Difatti, un negozio inutile è sicuramente immeritevole di protezione in quanto non idoneo a giustificare l'intervento dell'ordinamento giuridico e dei suoi organi.

⁶ G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, in *Riv. Not.* 1994, p. 30 ss.; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, p. 187 s.s.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998, p. 47 ss.; A. MAGNI, *Puntuazione di contratto preli-*

le concrete intenzioni delle parti realizzando la loro funzione economico-individuale. La causa del contratto rappresenta un concetto di relazione tra parti e non più uno strumento di controllo del Legislatore sugli atti posti in essere nell'autonomia negoziale.

In tale ottica, quindi, la liceità e meritevolezza del preliminare di preliminare va ricercata nella concreta volontà dei contraenti. Nell'ampia autonomia contrattuale riconosciuta ai soggetti dall'ordinamento ben può inquadarsi l'opportunità e la convenienza di "obbligarsi ad obbligarsi" al solo fine di soddisfare le individuali esigenze e necessità delle singole parti¹⁰.

2.1 segue: La posizione della giurisprudenza

Anche la giurisprudenza per molti anni, fino alla sentenza a Sezioni Unite del 2015, ha negato la validità del preliminare di preliminare sull'assunto che tale contratto sia affetto da nullità per mancanza di causa.

Da ultimo, una sentenza della Corte di Cassazione del 2009 ha sostenuto tale nullità sottolineando che la funzione di obbligarsi ad obbligarsi darebbe luogo ad un inconcludente contrattazione, "non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico per il promittente ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito".¹¹

Tale pronuncia si basa sul concetto di causa tradizionale, come sopra precisato, e di conseguenza il giudizio di meritevolezza è, inevitabilmente, compiuto in astratto e non riferendosi alla fattispecie concreta.

La sentenza a Sezioni Unite n. 4628 del 6 marzo 2015 ha riconosciuto una potenziale validità del preliminare di preliminare sulla base del principio della "causa in concreto" inteso, questo, come interesse concretamente perseguito dalle parti.

I giudici di legittimità hanno cercato di individuare "la ragione pratica dell'affare" tenendo conto della ormai diffusa prassi nella negoziazione immobiliare. Il profilo causale ha assunto, nella sentenza in esame, il "ruolo di ricerca dell'utilità del contratto, cioè ... idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso il rapporto contrattuale".¹²

¹⁰ U. LAPORTA, *op. cit.*, p. 49, secondo il quale attraverso le sentenze che riconoscono validità al preliminare di preliminare stiamo assistendo alla riaffermazione del «principio della insufficienza della sola volontà a reggere l'impegno obbligatorio e nell'affermazione di una non perfetta simmetria tra voluto ed utile. ... La volontà non riesce, da sola, a soddisfare i parametri del giudizio di validità, ma, sulla base di un (anche inconsapevole) ormai solido retroterra culturale, implicitamente consolida la distinzione tra causa e tipo contrattuale, riferendo, anche al contratto (anche soltanto socialmente) tipico il giudizio di meritevolezza».

¹¹ Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038; Cass. civ., n. 8374/2009; Cass. civ., n. 24333/2008; Cass. civ., n. 19066/2006; Cass. civ., n. 5140/2005.

¹² Cass. civ., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628; Cass. civ., sez. III,

Le Sezioni Unite non hanno, tuttavia, sancito la validità del preliminare di preliminare bensì hanno affermato un principio generale di potenziale validità di tale fattispecie contrattuale da vagliare caso per caso sulla base di un effettivo e conclamato "interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali". La violazione di tale accordo contrattuale potrà dar luogo solo a responsabilità contrattuale per la mancata stipulazione del secondo preliminare. Tuttavia, il contenuto di quest'ultimo dovrà, necessariamente, avere un contenuto più ampio e differenziato rispetto al primo preliminare in quanto nel primo saranno contenuti gli elementi essenziali, quali bene, prezzo e indicazione delle parti; mentre nel secondo saranno contenute le indicazioni più specificamente necessarie per la stipulazione del definitivo.

In tale prospettiva, può avere certamente senso pratico la conclusione di un preliminare di preliminare poiché è soddisfatta, in primo luogo, l'esigenza di "fermare l'affare" prima che siano compiutamente stabilite tutte le condizioni e le pattuizioni della contrattazione. Queste ultime saranno, invece, oggetto del secondo preliminare e il contratto definito sarà mero atto di adempimento di un regolamento negoziale precedentemente definito.

Secondo tale orientamento il primo preliminare risponde all'esigenza di effettuare le necessarie verifiche in ordine alla fattibilità dell'operazione, per poi stabilire le clausole che regoleranno in maniera succinta l'accordo negoziale da consacrare nel contratto definitivo.

Tali verifiche riguardano, generalmente, particolari qualità della persona del contraente o specifici requisiti o dotazioni dell'immobile¹³. Ad esempio si fa riferimento, in dottrina, alla qualifica di imprenditore di una delle parti oppure alla sua solvibilità o, per quanto concerne il bene oggetto di contrattazione, alla regolarità urbanistica e catastale del medesimo. In merito, si sottolinea l'utilità pratica di svolgere, nello spazio temporale intercorrente tra la stipulazione del primo preliminare e la stipulazione del secondo, le necessarie visure ipotecarie e catastali nonché l'esame dei titoli di provenienza. Inoltre, può essere opportuno, *medio tempore*, valutare l'incidenza economica dell'operazione dal punto di vista fiscale e la possibilità di richiedere le eventuali agevolazioni che possono spettare.

Le Sezioni Unite chiariscono, ulteriormente, che sicuramente potrebbe avere un'utilità pratica la stipulazione di un preliminare di preliminare:

- qualora nel primo accordo è stata esclusa, pattiziamente, l'applicabilità dell'esecuzione in forma specifica¹⁴ di cui all'art. 2932 c.c. in quanto tale

17 gennaio 2017, n. 923.

¹³ R. BENIGNI, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*, in *Notariato* 4/2015, p. 426 ss., Ipsoa, Milano.

¹⁴ In particolare, la giurisprudenza ammette la possibilità di ottenere, sia con la sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c., sia con un

- rimedio meglio si colloca nel secondo preliminare;
- sia prevista la possibilità per una delle parti di recedere dal contratto con determinazione di una modesta caparra penitenziale;
- la predisposizione di un accordo anche completo ma sottoposto ad una condizione, sia essa sospensiva o risolutiva.

La violazione di tale accordo preliminare comporta, secondo la Corte di Cassazione, responsabilità di natura contrattuale e quindi il diritto al risarcimento dei danni per inadempimento o, se non esclusa espressamente dalle parti, la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*¹⁵

Alla luce di tale orientamento la linea di confine tra la figura del contratto preliminare di preliminare e le semplici "puntuazioni", intese come atti preparatori di un futuro contratto, è sempre più sottile e molto difficile, nella pratica, individuarla. A tal fine può essere opportuno indagare sulla reale volontà delle parti e, quindi, se esse abbiano inteso concludere un vero e proprio contratto con la conseguente nascita di un rapporto giuridicamente rilevante, oppure abbiano soltanto voluto porre in essere una mera puntuazione con la quale stabilire e fissare i punti imprescindibili del futuro contratto.

È, inoltre, opportuno approfondire se la volontà delle parti possa considerarsi ancora *in itinere* e quindi non racchiusa in un formale contratto. In tale ultima ipotesi, secondo la Cassazione, è configurabile una responsabilità precontrattuale in caso di inadempimento.

La sentenza della Corte di Cassazione del 2017, che si commenta, ha dato pedissequamente seguito a quanto stabilito dalla sentenza a Sezioni Unite del 2015. In tale occasione i giudici di legittimità hanno evidenziato come, nel caso sottoposto alla loro attenzione, si sia in presenza di un valido ed efficace contratto preliminare di preliminare tenuto conto dei vari "passaggi della formazione progressiva del vincolo e la differenziazione dei contenuti negoziali". Inoltre, annesso al preliminare di preliminare, vi è l'insorgenza "del diritto alla provvigione da parte del mediatore, siccome conseguente non alla conclusione del negozio giuridico, ma dell'affare, inteso come qualsiasi opera-

zione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, di un atto, cioè, in virtù del quale sia costituito un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in difetto, al risarcimento dei danni"¹⁶.

3. Il contratto di mediazione

La Corte di Cassazione ha, in più occasioni, enunciato che la fonte del diritto alla provvigione del mediatore è da rinvenire nella conclusione dell'affare, intesa, questa, come compimento dell'atto in virtù del quale l'intermediario ottiene il diritto di agire per l'adempimento del contratto di mediazione o il risarcimento dei danni.

Il codice civile, all'art. 1754, non definisce il contratto di mediazione ma si limita a qualificare il mediatore come colui che "mette in relazione una o più parti per la conclusione di un affare". Da tale formulazione e da un'attenta disamina della prassi la dottrina ha precisato che la funzione tipica del mediatore è, in primo luogo, quella di avvicinare e mettere in contatto una o più parti al fine di indurli a concludere un certo affare; in secondo luogo, quella di adoperarsi per rimuovere eventuali ostacoli o difficoltà che possono sorgere nel corso delle trattative¹⁷.

La gran parte degli Autori¹⁸ e la giurisprudenza ritengono che la mediazione, pur non essendo stata tipizzata dal Legislatore, sia un autentico contratto che può perfezionarsi sia mediante la manifestazione espressa del consenso delle parti, sia, implicitamente, accettando l'opera del mediatore che abbia agito di propria iniziativa nel mettere in relazione le parti.

I soggetti del contratto di mediazione sono, rispettivamente, la parte e il mediatore e, se anche l'altra parte della futura contrattazione abbia conferito il proprio incarico, si configura un ulteriore contratto di mediazione tra quest'ultima e il medesimo mediatore. Di conseguenza, ogni incarico costituisce un'autonoma e distinta manifestazione di volontà.

È da considerarsi, ormai, superata la tesi secondo la quale il contratto di mediazione si perfeziona solo quando entrambe le parti conferiscono l'incarico al mediatore¹⁹.

autonomo giudizio, la riduzione del prezzo o la condanna alla eliminazione dei vizi nel caso in cui il bene compravenduto presenti difformità o vizi. Si vedano, in proposito, Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1562, in *Guida al diritto*, 2010, 13, 67;

¹⁵ Art. 2932 c.c.: «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile».

¹⁶ Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 923; Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628.

¹⁷ Cfr. T. DE LUCA, R. D. COGLIANDRO, M. D'AURIA, M. RONZA, *Dei singoli contratti*, 2002, p. 214, Giuffrè, Milano; STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di SCIALOJA e BIANCA, libro IV, *Delle obbligazioni*, Bologna - Roma, 1953, p. 3 ss.; MIRABELLI, *Contratti*, in *Commentario Utet*, IV, 3, p. 64; CARRARO, voce *Mediazione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, p. 26.

¹⁸ MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia e mediazione*, in *Riv. Proc. Civ.*, 1948, p. 668; AZZOLINA, *La mediazione*, Padova, 1952, p. 38; STOLFI, *op. cit.*, p. 22; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, p. 150 ss.

¹⁹ Secondo la presente tesi fintanto che l'incarico al mediatore è stato conferito da una sola delle parti si è in presenza di un contratto di mediazione "in itinere". Il medesimo soggetto potrà, quindi, incaricare anche più mediatori al fine di aumentare

Il contratto di mediazione rientra nel *genus* dei contratti a prestazioni corrispettive, dove queste ultime sono da rinvenire nell'opera di mediazione da un lato, e nel diritto alla provvigione dall'altro. Inoltre, è definito un contratto "a soggetto qualificato" in quanto l'attuale normativa, recentemente modificata ed integrata, prevede una serie di requisiti che il mediatore deve possedere al fine di svolgere la propria attività a seconda del campo in cui opera²⁰. Difatti, ai fini del presente approfondimento, il d.lgs. 59/2010 ha, in parte, modificato la disciplina prevista per i mediatori immobiliari. Tale novella, all'art. 73²¹, ha soppresso la

le probabilità di concludere con successo l'affare. BOLAFFIO, *Dei mediatori*, in *Codice di commercio commentato*, a cura di BOLAFFIO, ROCCO e VIVANTE, Torino, 1937, p. 18 ss.; VARELLI, *La mediazione*, Napoli, 1953, p. 20 ss.; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, p. 153.

²⁰ Il Legislatore ha, infatti, meticolosamente differenziato il regime applicabile ad ogni singola attività di mediazione in base al settore merceologico o commerciale in cui si opera. Una particolare disciplina è prevista per l'attività di mediazione in campo immobiliare, mobiliare e marittimo. Inoltre, la normativa applicabile si differenzia a seconda che l'attività di intermediazione sia svolta nella forma di impresa individuale o in forma societaria.

²¹ d.lgs. 59/2010 art. 73: «Attività di intermediazione commerciale e di affari: 1. È soppresso il ruolo di cui all'articolo 2 della legge 3 febbraio 1989, n. 39, e successive modificazioni.

2. Le attività disciplinate dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39, sono soggette a dichiarazione di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per il tramite dello sportello unico del comune competente per territorio ai sensi dell'articolo 19, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, corredata delle autocertificazioni e delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti prescritti.

3. La Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura verifica il possesso dei requisiti e iscrive i relativi dati nel registro delle imprese, se l'attività è svolta in forma di impresa, oppure nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA) previsto dall'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e dall'articolo 9 del decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581, e successive modificazioni, assegnando ad essi la qualifica di intermediario per le diverse tipologie di attività, distintamente previste dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle attività di agente d'affari non rientranti tra quelle disciplinate dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39. È fatta salva per le attività relative al recupero di crediti, ai pubblici incanti, alle agenzie matrimoniali e di pubbliche relazioni, l'applicazione dell'articolo 115 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

5. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e dal decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581, le iscrizioni previste dal presente decreto per i soggetti diversi dalle imprese, sono effettuate in una apposita sezione del REA ed hanno effetto dichiarativo del possesso dei requisiti abilitanti all'esercizio della relativa attività professionale.

6. Ad ogni effetto di legge, i richiami al ruolo contenuti nella legge 3 febbraio 1989, n. 39, si intendono riferiti alle iscrizioni previste dal presente articolo nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA).

7. Le competenze già attribuite alle Commissioni per la tenuta del ruolo, soppresso ai sensi del comma 1, sono svolte dagli uffici delle Camere di commercio».

preventiva iscrizione al ruolo dei mediatori immobiliari, sostituendo la stessa con la dichiarazione di inizio attività²², di cui all'art. 19 della legge 241/90²³.

²² Per una più approfondita disamina delle novità introdotte dalla riforma cfr. M. KROGH, *La dichiarazione delle parti ex art. 35, comma 22, del D.L. Bersani alla luce delle nuove norme procedurali per l'attività di mediazione*, Quesito anticiclaggio, n. 374-2013/B, Ufficio Studi, Consiglio Nazionale del Notariato.

²³ Legge 241/90 art.19: «Segnalazione certificata di inizio attività - Scia. 1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all' articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti.

2. L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente.

3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. In caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo.

4. Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3, all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il pa-

La causa del contratto in esame è individuata nello scambio tra un servizio, ossia l'attività diretta a procurare alla parte la conclusione dell'affare, e il compenso spettante all'intermediario definita provvigione.

È opportuno sottolineare che, nonostante il contratto di mediazione sia qualificato come contratto preparatorio rispetto al negozio da concludersi, esso è del tutto autonomo ed indipendente rispetto a quest'ultimo. Ciò è confermato dall'art. 1757 c.c. in base al quale è dovuto il compenso al mediatore quandanche il contratto da concludere venga meno a seguito di un'azione di annullamento o di rescissione oppure per il verificarsi della condizione risolutiva apposta al medesimo.

Il Legislatore, inoltre, non prevede alcuna forma particolare per la conclusione del contratto di mediazione. Esso potrà essere, validamente, concluso sia in forma espressa, sia per *facta concludentia*. Ovviamente, restano salve le ipotesi in cui un particolare requisito di forma è prescritto dalla legge *ad substantiam*.

La dottrina pone a carico del mediatore due obblighi principali: adempiere con diligenza l'incarico affidatogli e di essere imparziale. Riguardo al primo, è lo stesso art. 1759, comma 1 c.c. che pone a carico del mediatore l'obbligo di comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso. Tale dovere di informativa è imposto a tutela delle parti al fine di evitare stipulazioni inutili o non convenienti. Riguardo, invece, al requisito di imparzialità esso va inteso come "assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di prestazione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al *dominus* l'attività dell'intermediario"²⁴. Inoltre l'imparzialità consente di differenziare la mediazione dal mandato²⁵. In quest'ultima figura, infatti, è connotato un incarico gestorio che determina in capo al mandatario l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante. Il mandatario deve, quindi, perseguire l'interesse del mandante che lo ha incaricato, eseguendo il contratto di mandato stipulato *ab origine*. A tale obbligo non è, invece, tenuto il

trimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

4-bis. Il presente articolo non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

²⁴ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382; Cass. civ., n. 24333/2008; Cass. civ., n. 8374/2009; Cass. civ., n. 24333/2008; Cass. civ., n. 19066/2006; Cass. civ., n. 5140/2005; Cass. civ., n. 19066/2006; Cass. civ., n. 5140/2005; Cass. civ., n. 12106/2003;

²⁵ Art. 1703 c.c.: «Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra».

mediatore in quanto quest'ultimo ha solo l'onere di mettere in relazione due soggetti al fine di vedersi riconosciuta la provvigione.

Il requisito in esame differenzia anche la mediazione dal contratto di agenzia²⁶ dove l'agente risulta legato al committente da un vincolo stabile e continuativo; la mediazione, invece, si caratterizza per l'occasionalità e specificità del rapporto che si viene a creare tra la parte o le parti ed il mediatore.

Il contratto di mediazione si differenzia, inoltre, dal rapporto atipico di procuratore di affari in quanto, mentre il mediatore può pretendere il compenso da entrambi i contraenti del negozio principale, il procuratore di affari, essendo legato da un rapporto di parzialità rispetto ad una sola delle parti, può chiedere il compenso solo al soggetto che lo ha espressamente incaricato²⁷.

4. Il diritto alla provvigione del mediatore

Con l'espletamento dell'opera di mediazione nasce a carico delle parti del contratto da stipularsi, o ad una di esse, l'obbligo di corrispondere, a titolo di corrispettivo, al mediatore un compenso. Quest'ultimo si concretizza in una prestazione in denaro e, come nei contratti di commissione ed agenzia, è definita provvigione.

Il diritto alla provvigione nasce, per il mediatore, quando l'affare si sia concluso per mezzo della sua opera²⁸.

Il Legislatore non ha fornito una nozione di "affare" e, come la dottrina e la giurisprudenza hanno osservato, essa non è riconducibile alla mera conclusione del contratto che le parti stipuleranno, bensì ha una nozione più ampia e generica. Essa, dunque, include ogni operazione di contenuto economico che il mediatore pone in essere al fine di arrecare un'utilità patrimoniale alle parti.

Requisito imprescindibile affinché sorga il diritto alla provvigione è rappresentato dalla sussistenza di un nesso causale tra l'attività di mediazione e la conclusione dell'affare. Tale requisito, secondo la dottrina, è stato espressamente richiesto dal Legislatore al fine di evitare di correre il rischio di configurare l'attività di mediazione ogniqualvolta sia riscontrabile un'in-

²⁶ Art. 1742 c.c.: «Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata. Il contratto deve essere provato per iscritto. Ciascuna parte ha diritto di ottenere dall'altra un documento dalla stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive. Tale diritto è irrinunciabile».

²⁷ Cfr. T. DE LUCA, R. D. COGLIANDRO, M. D'AURIA, M. RONZA, *Dei singoli contratti*, 2002, p. 228, Giuffrè, Milano; Cass. civ., 6 aprile 2000, n. 4327; Cass. civ., 8 giugno 1993, n. 6384.

²⁸ Il Legislatore all'art. 1755, comma 1, c.c. così dispone: «Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto della sua opera».

tromissione di un soggetto terzo negli affari altrui²⁹. Pertanto, si richiede che l'intervento del mediatore debba configurarsi come *condicio sine qua non* rispetto all'affare concluso, anche se non si identifichi, questo, quale unico elemento propulsore dell'attività negoziale delle parti³⁰.

In dottrina ed in giurisprudenza è stato ritenuto concluso l'affare quando le parti abbiano posto in essere un vero e proprio vincolo giuridico che sia, anche, fonte del diritto di agire in giudizio per l'adempimento, la risoluzione del contratto medesimo o, in difetto, per il risarcimento del danno. In proposito, a nulla possono rilevare le eventuali modifiche dei termini e dei patti dell'accordo posto in essere dalle parti o di sottoporre il medesimo a condizione sospensiva³¹.

L'ammontare della provvigione si determina, *in primis*, sulla base di eventuali patti e accordi intervenuti tra il mediatore e le parti e tale compenso è dovuto, di norma, da ciascuna delle parti³². Tuttavia, è pacifica, in dottrina, la possibilità di derogare all'equa ripartizione della provvigione tra le parti nonché di escluderla

del tutto o di subordinarla al buon esito dell'affare. Inoltre, in mancanza di espressa pattuizione sul punto, l'art. 1755, comma 2, c.c., prevede che la misura della provvigione e l'eventuale proporzione, secondo cui essa si ripartisce fra le parti, dipende dalle tariffe professionali o dagli usi. In mancanza di accordo sul *quantum* del compenso, la provvigione è determinata dal giudice secondo equità, tenendo conto del reale valore dell'affare.

Se sono intervenuti più mediatori per la conclusione dell'affare, il diritto alla provvigione spetta, *ex art. 1758 c.c. pro quota* a ciascuno di essi³³ in base all'importanza ed all'entità dell'opera prestata da ciascun mediatore.

Inoltre, affinché sorga per ciascun mediatore il diritto alla provvigione è richiesta la sussistenza, nella complessiva dinamica della conclusione dell'affare, del nesso di causalità tra i vari intermediari e la conclusione del contratto per il quale, complessivamente, si è agito³⁴.

Ai sensi dell'art. 1757 c.c.³⁵ il Legislatore si occupa di regolare la spettanza del diritto alla provvigione nel caso in cui il contratto concluso tra le parti sia sottoposto a condizione o sia annullabile o rescindibile.

Se il contratto è sottoposto a condizione sospensiva, il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui la condizione si verifica. Viceversa, qualora il contratto è sottoposto a condizione risolutiva, il mediatore non subisce le conseguenze del verificarsi dell'evento dedotto in condizione poiché il vincolo nasce con la mera conclusione del contratto e, con questo, sorge il diritto alla provvigione.

La medesima regola è prevista in caso di annullabilità e risoluzione del contratto. L'affare, in sostanza, si considera concluso nel momento in cui si è formalmente perfezionato il contratto tra le parti, a nulla rilevando la successiva causa di annullabilità o risoluzione del medesimo. Tuttavia, però, è necessario che il mediatore non conosca, preventivamente, la causa di invalidità. Diversamente, si configurerebbe una violazione all'obbligo di diligenza posto a carico del mediatore *ex art. 1759 c.c.*

²⁹ Cfr. T. DE LUCA, R. D. COGLIANDRO, M. D'AURIA, M. RONZA, *Dei singoli contratti*, 2002, p. 221, Giuffrè, Milano; BOLAFFIO, *Dei mediatori*, in *Codice di commercio commentato*, a cura di BOLAFFIO, ROCCO e VIVANTE, Torino, 1937, p. 18 ss, vedi a proposito dell'irrelevanza della semplice intromissione Cass. civ., 15 maggio 2000, n. 6220; Cass. civ., 4 febbraio 2000, n. 1233; Cass. civ., 23 aprile 1999, n. 4043.

³⁰ In proposito, ha suscitato molto interesse l'idoneità di un contratto preliminare, stipulato in virtù dell'intervento del mediatore, ad integrare la nozione di affare concluso ai sensi dell'art. 1755, comma 1, c.c.. La gran parte della giurisprudenza ha, in più occasioni, ricondotto la figura del contratto preliminare alla nozione normativa di affare e, di conseguenza, riconosciuto il diritto alla provvigione al mediatore. Ciò in quanto, il contratto preliminare rappresenta, di per sé, un autonomo contratto produttivo di effetti, di diritti e di obblighi a contenuto patrimoniale. In definitiva, per la giurisprudenza, è sufficiente, al fine di riconoscere il diritto alla provvigione e l'esecuzione del contratto di mediazione, la stipulazione del solo contratto preliminare, anche non seguito dalla stipulazione del contratto definitivo.

Di diverso avviso è parte della dottrina, la quale richiede, necessariamente, al fine di riconoscere il diritto alla provvigione, la stipulazione del contratto definitivo o la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

Secondo la giurisprudenza, invece, il contratto preliminare è considerato valido titolo per ottenere la provvigione in quanto *ex art. 2932 c.c.* consente a ciascun contraente di agire in giudizio per ottenere la stipula del contratto definitivo. Non rileva se l'accordo sia avvenuto contestualmente o in termini sfalsati poiché il contratto preliminare si può formare anche mediante scritti non contestuali, ad esempio, quando la proposta è sottoscritta per successiva accettazione. Cfr. Cass. civ., 6 agosto 2004, n. 15161, in *Foro Italiano*, 2005, I, c. 2106; Cass. civ., 13 febbraio 2002, n. 2071, in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 520; Cass. civ., 25 ottobre 2005, n. 20653.

³¹ Cfr. F. TRONCONE, *Il diritto alla provvigione del mediatore immobiliare in caso di preliminare del preliminare. Brevi riflessioni a seguito di Cass. Civ. Sez. Un.*, 6 marzo 2015, n. 4628, in *Studium Iuris*, n. 10/2015, p. 1133 ss, Cedam, Milano.

³² La clausola che pone la provvigione a carico di una sola delle parti è valida e non comporta, di per sé, la il venir meno della configurazione del rapporto quale mediazione.

³³ Art. 1758 c.c.: «Se l'affare è concluso per l'intervento di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto a una quota della provvigione».

³⁴ Il diritto alla provvigione, in questo caso, sorge sia nel caso in cui i vari mediatori abbiano agito cumulativamente e simultaneamente, sia nel caso in cui questi abbiano prestato la propria opera individualmente e singolarmente, purché l'opera, complessivamente intesa, sia stata finalizzata alla conclusione del medesimo contratto tra le medesime parti.

³⁵ Art. 1757 c.c.: «Se il contratto è sottoposto a condizione sospensiva, il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui si verifica la condizione. Se il contratto è sottoposto a condizione risolutiva, il diritto alla provvigione non viene meno col verificarsi della condizione. La disposizione del comma precedente si applica anche quando il contratto è annullabile o rescindibile, se il mediatore non conosceva la causa d'invalidità».

Se, invece, il contratto concluso in virtù dell'opera del mediatore è nullo, a quest'ultimo non spetta alcun compenso. In egual modo anche la nullità che investe il contratto di mediazione impedisce il sorgere della provvigione.

La mediazione potrà, ovviamente, essere espletata solo in relazione ai contratti non contrari a norma imperativa, all'ordine pubblico e al buon costume *ex art.* 1343 c.c.³⁶.

4.1 segue: Il diritto alla provvigione in caso di preliminare di preliminare

Alla luce di tale ricostruzione, la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza si è, più volte, interrogata sulla questione circa la spettanza o meno del diritto alla provvigione per il mediatore nel caso in cui l'affare fosse stato scandito in tre fasi e, più precisamente, nel caso in cui le parti, con l'ausilio del mediatore, abbiano sottoscritto, *in primis*, un preliminare di preliminare.

La soluzione a tale problematica risente dell'*iter* ermeneutico svolto circa la natura giuridica attribuita alla figura contrattuale in esame.

Secondo la tesi della natura non negoziale, sostenuta prima della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2015, in caso di sottoscrizione del preliminare con il quale le parti si impegnano a stipulare un secondo preliminare, anche dinanzi ad un notaio, il mediatore non ha diritto ad alcun compenso. Ciò in quanto, secondo tale ricostruzione, il primo accordo sottoscritto è mera "puntuazione" da valersi quale bozza di accordo priva del carattere di giuridica rilevanza³⁷. Le "puntuazioni" non possono essere qualificate come "affare" nel senso indicato dall'*art.* 1755 c.c. in quanto, come precisato precedentemente, il diritto alla provvigione sorge, esclusivamente, con il compimento di un atto in virtù del quale si sia costituito un vincolo che dia diritto ad agire per l'adempimento o per il risarcimento danni³⁸.

³⁶ Si riporta, quale esempio, il contratto di mediazione matrimoniale il quale è, notoriamente, illecito perché contrario al buon costume e all'ordine pubblico.

³⁷ Circa la non giuridica rilevanza delle "puntuazioni" è opportuno sottolineare che per esse, in caso di inadempimento, non è possibile richiedere l'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c. proprio alla luce della circostanza che non si è in presenza di alcun accordo da cui sorgono obbligazioni per le parti. In senso difforme A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1978, I, p. 371 ss., secondo il quale il mediatore ha diritto alla provvigione per il solo fatto che la sua attività è stata utilizzata, anche se non è stato concluso un autentico contratto, vale a dire un accordo tra mediatore e le parti.

³⁸ In sintesi, al fine di riconoscere al mediatore il diritto alla provvigione, l'affare deve ritenersi concluso ogni volta che, tra le parti messe in relazione grazie all'opera del mediatore medesimo, si sia conclusa "un'operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti". Ciò non è ravvisabile nella stipulazione del preliminare di preliminare. Cass. civ., 11 maggio 2011, n. 6599, in *F. pad.* 2002, I, p. 325 ss.; Cfr. F. TRONCONE, *Il diritto alla provvigione del mediatore immobiliare in caso di preliminare del preliminare. Brevi riflessioni a seguito di Cass. Civ. Sez.*

Secondo, invece, la ricostruzione di altra dottrina e della recente giurisprudenza il mediatore, nell'ipotesi in esame, ha diritto alla provvigione sia se l'affare si concluda con la stipulazione del contratto definitivo, sia se le parti non lo sottoscrivano. Ciò in quanto l'attività di mediazione, in entrambi i casi, si è svolta. Difatti, l'opera del mediatore consiste in un'attività di messa in relazione tra più soggetti, non qualificabile quale attività negoziale bensì quale atto giuridico in senso stretto³⁹. Da tale natura giuridica discende che detta attività, per il solo fatto di essere posta in essere, rientra nella qualificazione di "affare" di cui all'*art.* 1754 c.c.

Inoltre, la giurisprudenza ha rilevato che l'attività di mediazione è fonte di obbligazioni *ex art.* 1173 c.c. in quanto rientrante nel *genus* di "ogni altro atto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico". Di conseguenza, l'attività di mediazione è, dallo stesso Legislatore, individuata come fonte del rapporto obbligatorio nel cui ambito sorge il diritto di credito alla provvigione di cui all'*art.* 1755 c.c.⁴⁰.

A conferma di tale ricostruzione la giurisprudenza sottolinea che il mediatore, pur ponendo in essere una mera attività, è comunque tenuto a determinati obblighi imposti dal Legislatore. Ci si riferisce, ad esempio, all'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in virtù della clausola di correttezza generale contenuta nell'*art.* 1175 c.c.⁴¹; all'obbligo di una corretta informazione, tra cui rientra l'obbligo di comunicare tutte le informazioni a lui note o conoscibili sulla base dell'ordinaria diligenza *ex art.* 1176, comma 2, c.c.⁴². Inoltre, secondo la più recente Cassazione, la responsabilità del mediatore non è di natura extracontrattuale, bensì di natura contrattuale e, in particolare, da ricondurre nelle cd. "responsabilità da contatto sociale". Tale responsabilità è riscontrabile nei confronti di tutti i soggetti che svolgono una professione, previa la sussistenza di determinati requisiti formali ed abilitativi, nei confronti di utenti-consumatori i quali fanno affidamento sulla professionalità e diligenza di tali operatori qualificati⁴³.

Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Studium Iuris*, n. 10/2015, p. 1133 ss, Cedam, Milano.

³⁹ Per atto giuridico in senso stretto si è soliti definire tali quegli atti in cui non ha rilevanza la regolamentazione dei privati interessi, poiché gli effetti giuridici si producono per volontà della legge e non per volontà dei soggetti. Il negozio giuridico, invece, è qualificabile quale atto della volontà privata al fine di perseguire un certo scopo ammesso dall'ordinamento.

⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382; Cass. civ., n. 24333/2008; Cass. civ., n. 8374/2009; Cass. civ., n. 24333/2008; Cass. civ., n. 19066/2006; Cass. civ., n. 5140/2005; Cass. civ., n. 19066/2006; Cass. civ., n. 5140/2005; Cass. civ., n. 12106/2003.

⁴¹ *Art.* 1175 c.c.: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza».

⁴² *Art.* 1176, comma 2, c.c.: «Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

⁴³ Cass. civ., sez. un., n. 577/2008; Cass. civ., sez. un.,

L'orientamento che riconosce il diritto alla provvigione al mediatore, a prescindere dalla conclusione effettiva dell'affare, è avallato dalle recenti sentenze della Corte di Cassazione che riconoscono validità giuridica al preliminare di preliminare. In tale ipotesi, alla luce di quanto esposto, la questione della spettanza del compenso non ha più ragione di porsi. Ciò in quanto, una volta chiarito che l'opera di mediazione si configura e si perfeziona con la mera attività di comportamento del soggetto agente, al mediatore è attribuito il diritto alla provvigione ogniqualvolta la sua attività rientra nel perimetro, definito dal Legislatore, entro il quale è configurabile la realizzazione dell'affare.

5. La responsabilità del mediatore

Come si è precedentemente esposto, la prestazione del mediatore consiste in una prestazione d'opera professionale effettuata su espresso incarico delle parti.

In particolare, la prestazione dell'agente in mediazione rientra nella categoria delle obbligazioni di mezzi⁴⁴, ossia quelle obbligazioni in cui il debitore è tenuto, semplicemente, a svolgere una certa attività e, non anche, ad ottenere il risultato auspicato poiché il raggiungimento di quest'ultimo può dipendere da fattori estranei alla sua attività e alla sua opera⁴⁵.

Nelle obbligazioni di mezzi l'unico obbligo imposto al debitore consiste nel comportarsi secondo diligenza nell'adempimento della propria obbligazione. Di conseguenza l'obbligato non può essere ritenuto responsabile, in caso di mancata realizzazione dell'interesse del creditore, a meno che non si provi che sussista la colpa del debitore⁴⁶.

Con riferimento specifico alle attività professionali, il codice civile dispone all'art. 1176, comma 2, che "la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata". Ai sensi di tale norma, quindi, il Legislatore impone al professionista, nel nostro caso il mediatore, una diligenza qualificata sorretta da un bagaglio di conoscenze e strumenti tecnici adeguati al tipo di attività esercitata ed in rapporto ai singoli casi concreti⁴⁷.

n.15781/2005; Cass. civ., n. 12362/2006; Cass. civ., n. 9085/2006 con specifico riferimento alle prestazioni in ambito medico prescindenti da un rapporto contrattuale.

⁴⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, p. 185 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, p. 190 ss.

⁴⁵ In dottrina si è soliti distinguere le obbligazioni di mezzi dalle obbligazioni di risultato. In queste ultime, il debitore è tenuto, mediante la propria attività, ad ottenere il risultato finale che il rapporto obbligatorio posto in essere si prefigge di raggiungere. In tale ipotesi, per il creditore è sufficiente dare prova dell'inadempimento dell'obbligato, restando a carico del debitore l'onere di provare la mancanza di colpa. Rientra in tale categoria, ad esempio, l'obbligazione assunta dall'appaltatore nei confronti del committente nel contratto di appalto.

⁴⁶ C. NOBILI, *Le obbligazioni*, II ed., 2008, p. 25 ss, Milano, Milano.

⁴⁷ Tuttavia, in caso in cui la prestazione d'opera implichi la so-

l'incarico, ad eseguirlo secondo una diligenza "tecnica"⁴⁸ e non anche al raggiungimento del risultato finale, ossia l'accordo definitivo tra le parti che realizzi la conclusione dell'affare tra le medesime.

Ad esempio, un'ipotesi di danno dovuto a mancanza di diligenza da parte dell'agente in mediazione è riscontrabile nella diffusione di informazioni riservate emerse nella fase delle mere trattative⁴⁹.

La responsabilità del mediatore rientra, quindi, nel *genus* delle cd. responsabilità da "contatto sociale"⁵⁰, le quali si connotano dall'affidamento che l'utente pone nella professionalità dell'esercente una professione di utilità sociale. Inoltre, tale responsabilità si caratterizza, nella realtà empirica, dalla circostanza che non sempre essa sorge da rapporti contrattuali veri e propri⁵¹, come, ad esempio, nel campo delle prestazioni mediche⁵².

La situazione di "affidamento" che il professionista, in virtù del suo *status*, genera nell'utente-consumatore fa sorgere, di fatto, in capo al primo un "obbligo di protezione anche senza obbligo di prestazione"⁵³ a prescindere che si instauri o meno un rapporto di tipo

luzione di problemi di particolare importanza e difficoltà, il professionista risponde solo per dolo o colpa grave *ex art.* 2236 c.c., salvo l'onere di dimostrare l'assenza di responsabilità. Il mediatore, difatti, sarà tenuto a provare la correttezza e diligenza del suo comportamento, mentre al cliente spetterà solo la dimostrazione dell'avvenuto "contatto" ai fini della conclusione dell'affare finito male. Cass. civ., n. 6389/2001; Cfr. C. TROISI, *La responsabilità del mediatore*, p. 2 ss., www.comparazioneDirittocivile.it; Cass. civ., n. 19095/2011.

⁴⁸ Per diligenza "tecnica" si intende far riferimento ai criteri, a cui il mediatore deve attenersi, desunti dall'insieme di principi e delle regole di carattere deontologico che disciplinano l'attività di mediazione alla luce delle più recenti normative vigenti in materia. Cfr. artt. 9, 10, 14, d.lgs. 28/2010; Cass. civ., n. 19075/2012.

⁴⁹ Cass. civ., n. 6926/2012; Cass. civ., n. 16623/2010; in merito al dovere di diligenza del mediatore immobiliare cfr. Cass. civ., n. 6389/2001, secondo cui «il mediatore è tenuto all'obbligo di informazione non più circoscritto ai soli fatti conosciuti, ma a tutti quelli necessari al buon fine delle trattative.»

⁵⁰ Il concetto di responsabilità da "contatto sociale", non disciplinato dal nostro Legislatore e sviluppatosi *in primis* in campo medico, è stato esteso anche ad altri settori, è volto a soddisfare l'esigenza di fornire una tutela più forte nell'ambito di un rapporto che, normalmente, non sarebbe qualificabile in termini contrattuali, e che pertanto dovrebbe essere ricondotto alla disciplina della responsabilità extracontrattuale.

⁵¹ In merito la dottrina ritiene che il cd. "contatto di fatto" rientra nella categoria dei rapporti "contrattuali di fatto" e, secondo alcuni, rientra nella nozione di "quasi-contratto".

⁵² Cfr. A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e responsabilità*, n. 8-9, 2008, p. 871 ss., Ipsoa, Milano; Cfr. Cass. civ., sez. III, n. 589/1999, la quale ha definito, per la prima volta, la categoria dei rapporti contrattuali di fatto.

⁵³ C. TROISI, *La responsabilità del mediatore*, p. 2 ss., in www.comparazioneDirittocivile.it. Cfr. Cass. civ., n. 598/1999, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

contrattuale⁵⁴.

Il “non rapporto” caratterizza la responsabilità civile aquiliana⁵⁵, nella quale la rilevanza giuridica del semplice contratto tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l’obbligo del risarcimento, laddove nella relazione da “contatto sociale qualificato” sussiste un rapporto connotato da obblighi sorti già a monte della lesione, anche se non si tratti di obblighi da “prestazione”⁵⁶ ex art. 1174⁵⁷ c.c., bensì da obblighi di protezione correlati all’obbligo di buona fede ex art. 1175⁵⁸ e 1375⁵⁹ c.c..

⁵⁴ La giurisprudenza ritiene che sul mediatore debbano ricadere degli specifici obblighi di verifica delle informazioni, non potendo, il medesimo, limitarsi a trasmettere delle informazioni assunte da una parte senza le necessarie verifiche che il singolo caso pone. Cfr. Cass. civ., n. 7178/2015; Cass. civ., n. 6926/2012; Cass. civ., n. 16623/2010. Difatti, si è consolidata una giurisprudenza di merito e di legittimità che ha imposto al mediatore un obbligo di corretta informazione secondo il criterio della media diligenza professionale. Da ultimo cfr. Cass. civ., n. 19095/2011.

⁵⁵ Per responsabilità aquiliana si fa riferimento, in dottrina, alla responsabilità che consegue allorché un soggetto viola, non già un dovere specifico derivante da un preesistente rapporto obbligatorio ma, un dovere generico che, solitamente, è indicato nel brocardo “*neminem ledere*”. La norma, in tal caso, di riferimento è l’art. 2043 c.c. la quale individua come fondamento di tale responsabilità il cagionare ad altri, a seguito di qualunque fatto doloso o colposo, un danno ingiusto. Data la genericità dell’espressione utilizzata dal Legislatore, la dottrina ricava il principio generale della cd. “atipicità dell’illecito civile”. Sarà, poi, compito dell’autorità giudiziaria valutare, tenendo conto delle circostanze concrete e della realtà sociale, se un dato comportamento sia da considerarsi lesivo o meno della regola di base della convivenza pacifica sancita dalla suddetta norma. Gli elementi fondamentali al fine di configurarsi della responsabilità aquiliana sono: il nesso di causalità, giuridica e materiale, tra il fatto e il danno cagionato, la colpevolezza dell’agente e l’imputabilità del fatto lesivo. Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXXX ed., a cura di G. TRABUCCHI, p. 906 ss., 2004, Padova.

⁵⁶ Cass. civ., sez. I, n. 14188/2016. Cfr. Cass. civ., n. 8826/2007 dove si legge che “nel contatto sociale è infatti da ravvivarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la protezione del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d’opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all’esercizio della propria attività nell’ambito dell’ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati interessi emersi o esposti a pericolo in detta occasione del detto “contatto”, e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi”. La stessa sentenza sottolinea, in più passaggi, il ruolo dell’affidamento come, ad esempio, quando afferma che “le obbligazioni professionali sono, dunque, caratterizzate dalla prestazione di attività altamente qualificata da parte di un soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere... di avvalersi dell’opera del mediatore al fine di raggiungere un determinato risultato”.

⁵⁷ Art. 1174 c.c.: «La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

⁵⁸ Art. 1175 c.c.: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza».

⁵⁹ Art. 1375 c.c. «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

Viceversa, qualora il mediatore agisca in forza di un formale contratto di mandato, egli risponderà a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del proprio mandante e, nel caso di comportamento illecito, a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043⁶⁰ c.c. nei confronti del soggetto destinatario della sua attività che, in quanto estraneo al rapporto contrattuale, assume la qualifica di terzo. Conseguenza di tali regimi diversificati si riscontra, anche, nella differenziazione dell’applicazione dei termini di prescrizione che è di 10 anni per l’ipotesi di responsabilità contrattuale mentre per l’ipotesi di responsabilità extracontrattuale è di 5 anni.

Alla luce di quanto esposto, è opportuno tener conto dell’orientamento della complessiva giurisprudenza che sembra orientarsi, sempre più, verso l’attribuzione di maggiore responsabilità, al mediatore, nella gestione dell’affare attribuendogli connotati di notevole importanza ed impatto sociale nello svolgimento della sua opera, sempre più diffusa e presente nella realtà e prassi quotidiana.

6. Conclusioni

La Corte di Cassazione, quale organo preposto a pronunciarsi sulla corretta interpretazione ed applicazione del diritto, ha, finalmente, risolto la dibattuta questione, sollevata più volte nella prassi, circa la validità e rilevanza giuridica della controversa figura del preliminare di preliminare.

Siffatta problematica ha avuto, negli ultimi decenni, una risonanza pratica notevole e molti sono stati i casi in cui i soggetti coinvolti nella contrattazione, casomai non andata a buon fine, si sono trovati obbligati ed impegnati giuridicamente in un affare che non ha più, poi, risposto alle proprie esigenze economiche e di mercato.

Il filone interpretativo percorso dalla Corte di Cassazione è, sicuramente, di notevole importanza in quanto, anche in tale occasione, la Suprema Corte ha svolto la sua funzione nomofilattica tenendo conto dell’evoluzione della realtà giuridico-commerciale nonché del configurarsi di nuove modalità di contrattazione. È sempre più frequente nella realtà empirica la necessità di avvalersi di soggetti professionali, quali i mediatori, che assistono, agevolano e facilitano la realizzazione degli “affari”. In quest’ottica, non si può non rilevare che anche il diritto deve essere interpretato ed applicato in chiave moderna al fine di comprendere e soddisfare i più svariati interessi dei soggetti. Tale esigenza è stata accolta dalla dottrina, *in primis*, e dalla giurisprudenza, poi, che, nel rimodernare il concetto di causa del negozio giuridico, hanno avvertito la necessità di dare rilevanza al concreto interesse perseguito dalle parti e ad individuare, per

⁶⁰ Art. 2043 c.c.: «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

ogni singolo caso, la sua effettiva funzione economica.

La prassi diffusa nel commercio immobiliare di far sottoscrivere accordi preliminari, contenuti in moduli o formulari prestampati, non può, certamente, essere sottovalutata e non considerata in chiave giuridica. Tali accordi rappresentano un passaggio importante per la futura conclusione dell'affare e perciò, come sostenuto dalla giurisprudenza, non possono essere ricondotti nell'ambito delle mere punteggiature bensì anche ad essi deve essere riconosciuto la qualifica di fonte di obbligazioni e diritti.

Da tale ricostruzione, quindi, discende l'attribuzione al mediatore, nel caso in esame immobiliare, del diritto alla provvigione per l'operato svolto. La sua attività professionale, consistendo nel mettere in relazione due o più soggetti al fine di concludere un affare, si può, già, considerare espletata al momento della sottoscrizione del suddetto accordo preliminare, a prescindere dalla positiva conclusione della negoziazione.

Tale interpretazione ha, ovviamente, ottenuto maggior rilievo dopo il riconoscimento della giuridica rilevanza del preliminare di preliminare. Difatti, se originariamente si era dubitato sulla configurazione del diritto alla provvigione del mediatore in caso di stipulazione di accordi preliminari contenuti in prestampati forniti dall'agente in mediazione in quanto non giuridicamente vincolanti; oggi, con il riconoscimento in diritto di tali accordi, il mediatore vanta, di per sé, il diritto al compenso in quanto, mediante la sua opera, si è dato origine a stipulazioni da cui sorgono, vicendevolmente per le parti, obblighi e diritti.

È opportuno, tuttavia, sottolineare che la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata circa una "potenziale" validità del preliminare di preliminare da valutare, caso per caso, in base alla reale intenzione e volontà delle parti. Di conseguenza, il diritto alla mediazione sorge se da tali accordi siano configurabili obbligazioni e diritti suscettibili di azioni giudiziarie per ottenere il loro adempimento e, quindi, si riconosca al medesimo il requisito di obbligatorietà del vincolo sottoscritto.

Gaetano Scuotto
Avvocato

Sulla immeritevolezza della clausola claims made priva di postuma inserita in un contratto di assicurazione.

Nota a Corte di Cassazione, sezione III civ., 28 aprile 2017, n. 10506

abstract

The Court of Cassation, in clarifying the relevant elements for the purpose of judging the immutability of the claim made clause inserted in a health insurance contract, concludes that the clause is null and void if it does not provide for a after period.

keywords

Clause claims made – Merit judgment – Later – Failure to predict – Nullity.

abstract

La Corte di Cassazione, nel chiarire gli elementi rilevanti ai fini del giudizio di immeritevolezza della clausola claims made inserita in un contratto di assicurazione in ambito sanitario, conclude per la nullità di detta clausola qualora non preveda un periodo di postuma.

parole chiave

Clausola claims made – Giudizio di meritevolezza – Postuma – Mancata previsione – Nullità.

Assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario – Clausola "claims made" – omessa previsione periodo di postuma – giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. – nullità

La clausola c.d. "claims made" o "a richiesta fatta" contenuta in un contratto di assicurazione in ambito sanitario, qualora non preveda un periodo di postuma, pur non essendo vessatoria è comunque nulla in quanto non supera il giudizio di meritevolezza di tutela imposto dall'art. 1322 c.c.

Cass., sez. III civ., 28 aprile 2016, n. 10506, Pres.

Travaglio - Rel. Rossetti

(omissis)

Fatti di causa

1. Il sig. R. C. convenne (in data che né le parti, né la sentenza impugnata indicano) dinanzi al Tribunale di Milano l'Azienda Ospedaliera F. di Milano (che in

seguito sarà trasformata in "A."; d'ora innanzi, per brevità, "l'Azienda"). L'attore chiese la condanna dell'Azienda convenuta al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di un intervento chirurgico che assumeva imperitamente eseguito. L'Azienda si costituì e, oltre a chiedere il rigetto della domanda, chiamò in causa il proprio assicuratore della responsabilità civile, la F. s.p.a. (che in seguito muterà ragione sociale in U. s.p.a.; d'ora innanzi, per brevità, "la U."). La U. si costituì e negò di essere tenuta al pagamento dell'indennizzo. Dedusse che il contratto escludeva la garanzia per i fatti illeciti commessi dall'assicurato, anche durante la vigenza del contratto, se la richiesta di risarcimento da parte del terzo fosse pervenuta all'assicurato dopo la scadenza del periodo di assicurazione indicato nella polizza della polizza (c.d. clausola claim's made). Soggiunse che, nel caso in esame, il terzo danneggiato aveva avanzato per la prima volta la sua richiesta di indennizzo all'ospedale dopo la scadenza della polizza, e per effetto della suddetta clausola l'indennizzo non era quindi dovuto.

2. Il Tribunale di Milano, con sentenza 18 marzo 2010 n. 3527, accolse la domanda principale e rigettò quella di garanzia, ritenendo il sinistro escluso dalla copertura. La sentenza venne appellata, su questo punto, dall'Azienda La Corte d'appello di Milano, con sentenza 20 luglio 2012 n. 2655, accolse il gravame dell'Azienda e condannò la U. al pagamento dell'indennizzo, ritenendo che: (-) la clausola claim's made, nella sua forma tipica, dovrebbe prevedere una retroattività della copertura assicurativa per i 10 anni precedenti la stipula del contratto; (-) nel caso di specie il contratto prevedeva la copertura per i soli fatti illeciti commessi dall'assicurata entro i tre anni precedenti la stipula del contratto; (-) ergo, la clausola claim's made pattuita nel caso in esame era atipica e vessatoria; doveva ritenersi nulla perché non espressamente sottoscritta, e per effetto della nullità si doveva sostituire di diritto con la regola generale di cui al 1° comma dell'art. 1917 c.c..

3. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla U., con ricorso fondato su un solo moti-

vo. Ha resistito con controricorso l'Azienda. Il ricorso, già fissato per la pubblica udienza del 23 febbraio 2016, con ordinanza pronunciata in udienza è stato rinviato a nuovo ruolo, nell'attesa che le Sezioni Unite di questa Corte si pronunciasse su una questione di diritto (la validità della clausola *claim's made*) rilevante ai fini della decisione sul ricorso. Il ricorso è stato quindi nuovamente fissato e discusso all'udienza pubblica del 20 gennaio 2017. Ambo le parti hanno depositato memoria; l'Azienda ha depositato altresì una seconda memoria prima della discussione fissata per il 20 gennaio 2017.

Ragioni della decisione

1. Questioni preliminari. 1.1. Con ambedue le memorie depositate ai sensi dell'art. 378 c.p.c., e poi nella discussione orale, la difesa dell'Azienda ha invocato la formazione del giudicato esterno sulla questione oggetto del contendere. A fondamento di tale eccezione ha dedotto che la polizza della cui validità si discute nel presente giudizio, distinta dal n. 704346212, ha formato oggetto di un secondo giudizio tra l'Azienda e la U., relativo ad un diverso fatto colposo per il quale un paziente dell'ospedale "F." chiese all'Azienda il risarcimento del danno. Ha soggiunto che tale giudizio è stato definitivamente chiuso dalla sentenza di questa Corte n. 22891 del 2015; che con tale sentenza questa Corte, cassando la sentenza impugnata e decidendo nel merito, ha dichiarato l'inefficacia della stessa clausola contrattuale, la cui validità forma oggetto del presente ricorso. 1.2. L'invocazione del giudicato esterno da parte della ricorrente è infondata, come correttamente rilevato anche dal Procuratore Generale nelle sue conclusioni. Ciò per due ragioni. La prima ragione è che col proprio ricorso per cassazione la U. ha censurato la sentenza impugnata sul presupposto che la Corte d'appello ha escluso la garanzia assicurativa, dopo aver dichiarato vessatoria una clausola del contratto di assicurazione (l'art. 23, comma primo, delle condizioni generali) che non doveva essere applicata al caso di specie, perché disciplinava un caso diverso da quello oggetto del contendere. Oggetto del presente giudizio è dunque stabilire se la Corte d'appello abbia correttamente individuato i patti contrattuali da applicare al caso concreto. L'oggetto del giudizio concluso dalla sentenza n. 22891 del 2015 era invece diverso: in quel giudizio si doveva infatti stabilire se la clausola *claim's made* contenuta nel contratto di assicurazione fosse vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.. La seconda ragione è che, in ogni caso, è onere di chi invoca il giudicato dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi di esso. Nel caso di specie, nella sentenza n. 22891/15 di questa Corte si legge solo (pag. 10, § 6) che le parti controvertavano sulla validità della clausola "di cui alla polizza stipulata fra le parti", ma non è possibile stabilire se tale polizza coincida o meno con quella oggetto del presente giudizio.

2. Il motivo unico del ricorso. 2.1. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta sia da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (si lamenta, in particolare, la violazione degli artt. 1322, 1341, 1917, 1932 c.c.; 112 c.p.c.); sia dal vizio di illogicità della motivazione, di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. (nel testo applicabile *ratione temporis* al presente giudizio, ovvero quello anteriore alle modifiche di cui all'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 134). Deduce, al riguardo, che la Corte d'appello ha accolto la domanda dell'Azienda, reputando vessatoria una clausola che non era rilevante e non doveva essere applicata nel caso di specie. Spiega che il contratto di assicurazione prevedeva una clausola (l'art. 23 delle condizioni generali) la quale estendeva la copertura alla responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi sino a tre anni prima della stipula del contratto, a condizione che la richiesta risarcitoria pervenisse all'assicurata stessa nel periodo di vigenza del contratto; ed escludeva la copertura della responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi in costanza di contratto, ma per i quali la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato le fosse pervenuta dopo la scadenza del periodo assicurativo. La Corte d'appello, reputato che fosse "vessatoria" la limitazione della copertura pregressa solo ai tre anni precedenti la stipula del contratto, ha dichiarato vessatoria l'intera clausola. Tuttavia – prosegue la UnipolSai – nel caso in esame non era in discussione se l'assicuratore dovesse o non dovesse garantire gli illeciti commessi prima della stipula della polizza, ma se dovesse o non dovesse coprire gli illeciti commessi durante il contratto, ma per i quali l'assicurato fosse stato escusso dopo la scadenza di questo. La Corte d'appello, pertanto, ha deciso la controversia sulla base d'un patto contrattuale che non doveva essere applicato al caso di specie. 2.2. Il motivo è fondato. La Corte d'appello ha accolto la domanda dell'Azienda con un sillogismo così riassumibile: (a) esistono clausole *claim's made* "tipiche" e clausole *claim's made* "atipiche"; (b) le clausole *claim's made* "tipiche" devono prevedere la copertura della responsabilità dell'assicurato per i fatti colposi commesso fino a dieci anni prima la stipula del contratto; (c) nel caso di specie era invece prevista la copertura per la responsabilità scaturente da fatti commessi dall'assicurato solo nei tre anni precedenti la stipula della polizza; (d) questa riduzione costituiva una "riduzione della normale estensione retroattiva della clausola *claim's made*", ed era perciò vessatoria. Questa motivazione effettivamente presenta tutti i vizi denunciati dalla ricorrente. 2.3. In primo luogo, essa è illogica, perché la Corte d'appello ha dichiarato nullo il patto "A", e di conseguenza accolto la domanda dell'assicurato, in un caso in cui l'assicuratore aveva rifiutato l'indennizzo invocando il patto "B". L'Azienda, infatti, chiese alla U. di essere tenuta indenne per un illecito colposo commes-

so durante la vigenza del contratto, e non già per un fatto commesso prima della stipula di esso. Pertanto che il contratto prevedesse una retroattività di uno, tre o dieci anni era circostanza irrilevante ai fini del decidere. La sentenza impugnata presenta dunque una evidenza incoerenza logica tra la premessa del ragionamento (la domanda invoca la nullità della clausola “A”) e la conclusione di esso (la domanda è fondata perché è nulla la clausola “B”). 2.3. In secondo luogo, e *ad abundantiam*, sussiste anche la violazione dell’art. 1341 c.c.. Tale norma prevede la nullità delle clausole, unilateralmente predisposte e non espressamente approvate per iscritto, che prevedano “limitazioni di responsabilità” del predisponente. La “limitazione di responsabilità” del predisponente sussiste quando il patto contrattuale riduce gli obblighi posti a carico di quello o dalla legge, o da altre clausole contrattuali. Nel caso in esame la Corte d’appello ha dichiarato vessatoria una clausola contrattuale, perché restrittiva non già responsabilità addossata all’assicuratore dalla legge o da altri patti contrattuali, ma perché restrittiva rispetto alle previsioni di una “clausola *claim’s made* tipica”. In buona sostanza, la Corte d’appello ha ritenuto che, dato un patto atipico diffuso, sarebbe vessatoria la clausola che vi deroga. Ma tale affermazione è manifestamente erronea: sia perché non esiste una clausola “*claim’s made* tipica”, se non sul piano della c.d. Tipicità commerciale; sia perché il parametro di valutazione delle vessatorietà d’una clausola riduttiva della responsabilità del predisponente può essere solo la legge o un patto contrattuale concreto e contenuto nel medesimo contratto.

3. La ritenuta fondatezza del ricorso, tuttavia, non impone la cassazione della sentenza impugnata, poiché la statuizione di accoglimento della domanda di garanzia proposta dall’Azienda è comunque conforme a diritto. Sarà dunque sufficiente, in questa sede, provvedere alla sola correzione della motivazione, per le ragioni che seguono. 3.1. L’Azienda e la U. hanno stipulato un contratto di assicurazione della responsabilità civile. Tale contratto prevedeva, all’art. 23, che «la garanzia esplica la sua operatività per tutte le richieste di risarcimento presentate all’assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia della presente assicurazione». Della validità di questo tipo di clausole, comunemente dette *claim’s made*, si sono occupate le Sezioni Unite di questa corte con la sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016. Con questa decisione le Sezioni Unite hanno stabilito che: (a) la clausola *claim’s made*, nella parte in cui consente la copertura di fatti commessi dall’assicurato prima della stipula del contratto, non è nulla, e non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ai sensi dell’art. 1895 c.c.; sia il dispositivo della sentenza impugnata, nella parte in cui ne ha escluso la validità. 3.2. La clausola *claim’s made* è un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicu-

rativo è stato in passato, e resta ancor oggi, molto distante da quello italiano: per genesi, sviluppo e contenuto. In quanto patto atipico, alle parti è consentito adottarla solo se intesa a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico. La “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma secondo, c.c., non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all’economia, al buon costume od all’ordine pubblico (così la Relazione al Codice, § 603, II capoverso). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, secondo comma, e 41, secondo comma, cost.. Affinché dunque un patto atipico possa dirsi “immeritevole”, ai sensi dell’art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell’art. 1418 c.c.. L’immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum, ovvero non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144). 3.3. Questa Corte, pur evitando definizioni generali della nozione di “immeritevolezza”, in passato ha più volte implicitamente affermato i principi appena esposti. È stata ritenuta “immeritevole” la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all’art. 41, comma secondo, cost. (Sez. U, Sentenza n. 4222 del 17/02/2017). Immeritevole è stato ritenuto il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto “Myway”, che prevedeva l’acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: ex aliis, in tal senso, Sez. 1, Sentenza n. 22950 del 10/11/2015; per una vicenda analoga ed una analoga statuizione, relativa al contratto finanziario denominato “4You”, si veda altresì sez. 6 - 3, ordinanza n. 19559 del 30/09/2015). Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pub-

blico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la “effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato” (Sez. 3, Sentenza n. 3080 del 08/02/2013). Immeritevole, ancora, è stata ritenuta la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l’acquisto d’un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (Sez. 3, Sentenza n. 12454 del 19/07/2012). Immeritevole, poi, è stata ritenuta la clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà (Sez. 3, Sentenza n. 14343 del 19/06/2009). Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l’attivo del primo con il passivo del secondo (Sez. 1, Sentenza n. 1898 del 19/02/2000). Immeritevole, ancora, è stato ritenuto il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi (Sez. 1, Sentenza n. 9975 del 20/09/1995). Né può tacersi, infine, un richiamo alla importante decisione pronunciata dalle Sezioni Unite di questa Corte in tema di esercizio officioso, da parte del giudice, del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva (Sez. U, Sentenza n. 18128 del 13/09/2005). Nella motivazione di tale sentenza, infatti, in piena sintonia col § 603 della Relazione al Codice civile sopra ricordato, si ribadisce che l’autonomia negoziale delle parti non è sconfinata, ma è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l’ordinamento cessa di apprestarle tutela. 3.4. Riducendo a “sistema” le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322, comma secondo, c.c., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: (a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.); (b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, citt.); (c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.). È alla luce di questi criteri che va valutata, nel caso di specie, la meritevolezza della clausola *claim’s made* inserita nel contratto di assicurazione stipulato tra l’Azienda e la UnipolSai. È incontrovertibile che quel contratto copriva il rischio di responsabilità civile, cui l’Azienda fosse rimasta esposta nell’esercizio della propria attività, ovvero lo svolgimento di prestazioni sanitarie. Come già

detto, essa escludeva l’indennizzabilità delle richieste postume. È, infine, incontrovertibile che i sanitari dipendenti dell’Azienda causarono danno ad un paziente nel 2003; che il contratto di assicurazione scade il 31 dicembre 2003; che il terzo danneggiato rivolse la sua richiesta di risarcimento all’Azienda nel 2005. Una clausola di questo tipo, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulata da un soggetto esercente la professione sanitaria, ed a copertura dei rischi propri di questa, non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati poc’anzi, nell’esordio del presente paragrafo. 3.4.1. In primo luogo, la clausola *claim’s made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto attribuisce all’assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita. La clausola *claim’s* con esclusione delle richieste postume riduce infatti il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall’assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. È infatti praticamente impossibile che la vittima d’un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento *illico et immediate* al responsabile. Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l’assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio. È vero che tale iato ricorre anche in alcuni tipi assicurativi (ad es., nei trasporti marittimi, nei quali la copertura inizia al momento della caricazione anche se il contratto è stato stipulato prima di tale momento), ma è altresì vero che in quei contratti prima dell’inizio della copertura, o dopo la sua fine, non è possibile l’avveramento del rischio (la merce non può essere perduta dal vettore prima della caricazione o dopo la scaricazione), mentre nell’assicurazione della responsabilità civile sanitaria è ovviamente possibile che l’assicurato causi danni a terzi anche negli ultimi mesi, o giorni, od ore precedenti la scadenza del contratto. Questo iato temporale, è inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui venne tenuta la condotta colposa fonte di danno. 3.4.2. In secondo luogo, la clausola *claim’s made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto pone l’assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra. La clausola *claim’s made*, infatti, fa dipendere la prestazione dell’assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell’assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento. L’avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall’organizzazione dell’assicurato, che non ha su essa alcun po-

tere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'art. 1322, c.c., avallare. La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'art. 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto. La seconda conseguenza paradossale è che la clausola *claim's made* con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c. 3.4.3. In terzo luogo, la clausola *claim's made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti. La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempia spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore (si veda, al riguardo, la fattispecie concreta già decisa da Sez. 3, Sentenza n. 5791 del 13/03/2014). Esito, si diceva, paradossale, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore. 3.5. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere rigettato, previa correzione della motivazione nei termini che precedono, in virtù del seguente principio di diritto: La clausola c.d. *claim's made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, c.c., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

4. Le spese. 4.1. Le spese del presente grado di giudizio vanno compensate integralmente tra le parti, in considerazione della novità e controvertibilità della questione. 4.2. Il rigetto del ricorso costituisce il presupposto, del quale si dà atto con la presente sentenza, per il pagamento a carico della parte ricorrente di un

ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228).

P.Q.M.
(omissis)

***Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Clausola *claims made*: tipologie e differenza con la *loss occurrence*. – 2. La sentenza a Sezioni Unite del 06 maggio 2016, n. 9140. – 3. Le prime pronunce a seguito delle SS.UU. – 4. La clausola oggetto del giudizio. – 5. La decisione.

Premessa

Con la sentenza in esame la terza sezione civile della Corte di Cassazione, a seguito della sentenza a Sezioni Unite n. 9140/2016, individua alcune circostanze rilevanti al fine di condurre il giudizio di meritevolezza della clausola c.d. "*claims made*" qualora sia inserita in un contratto assicurativo in ambito sanitario.

1. Clausola *claims made*: tipologie e dibattito giurisprudenziale

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola "*claims made*" ovvero "a richiesta fatta", vincola la operatività della polizza alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza o in un delimitato arco temporale. Nella formula "*claims made*", dunque, vengono coperte le conseguenze dannose verificatesi anche precedentemente alla decorrenza della polizza, per le quali tuttavia la denuncia del danno viene formulata all'assicurato durante il periodo di validità della polizza. In sostanza, con tale formula si pattuisce che il sinistro venga attivato dalla richiesta di risarcimento che l'assicurato riceve e, pertanto, le relative garanzie operano dal momento in cui tale richiesta è ricevuta dalla Compagnia.

Nella prassi commerciale vengono utilizzate, principalmente, due tipologie di clausole *claims made*: – "miste o impure" che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto (impure) con possibilità di contemplare la copertura assicurativa anche per fatti accaduti in un dato lasso temporale anteriore alla stipula del contratto (miste); – "pure", destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie, indipendentemente dalla data di commissione del fatto.

La clausola *claims made* si differenzia dalla più classica clausola *loss occurrence* con la quale, al contrario, vengono coperte le conseguenze dannose derivanti da un sinistro originatosi durante la validità della polizza,

ma evidenziate oltre la validità del contratto assicurativo.

La differenza tra una polizza assicurativa in regime *claims made* ed una in regime *loss occurrence* è evidente: con una polizza *loss occurrence*, affinché vi sia copertura assicurativa, è necessario che il danneggiante sia assicurato già al momento della commissione del fatto generatore della responsabilità civile; con una polizza *claims made*, invece, il danneggiante potrebbe avere copertura assicurativa anche senza essere stato assicurato al momento della commissione del fatto, purché riceva la richiesta risarcitoria in vigenza di polizza.

Il contratto assicurativo contenente la clausola *claims made*, dunque, si distanzia dal modello legale indicato dagli artt. 1882 ss. c.c. ed in particolare dall'art. 1917 1° co. c.c. secondo cui «Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi». Proprio tale caratteristica ha creato in passato, in dottrina e giurisprudenza, diversi dibattiti circa la validità o meno di detta clausola.

Una prima contestazione svolta a tale tipologia di contratto si fondava sull'assunto per il quale, l'assicurabilità di fatti generatori di danno verificatisi prima della conclusione del contratto, comporterebbe una sostanziale mancanza dell'alea di rischio richiesta, a pena di nullità, dall'art. 1895 c.c. Si sosteneva, infatti, che il rischio dedotto in contratto deve essere futuro e incerto, pertanto il c.d. rischio putativo non potrebbe trovare copertura. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza ebbe già a chiarire che «Nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto (cosiddetta clausola *claims made*) non fa venire meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e, in specie, l'assicurato) ignoravano l'esistenza di questi fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti.»¹. Altra parte della dottrina riteneva che lo sviamento dalla struttura (codicistica) del contratto di assicurazione comporterebbe, ipso facto, l'invalidità dei contratti con clausola "a richiesta fatta". Ebbene, anche su tale censura la Corte di Cassazione aveva più volte ribadito che il contratto assicurativo con clausola *claims made*, pur non rientrando nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c.², costituisce un contratto atipico, generalmente

lecito ex art. 1322 c.c. Nello specifico si riteneva che, relativamente all'art. 1917, l'art. 1932 c.c. prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – solo del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, ovvero del comma in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti durante il tempo dell'assicurazione. In definitiva per tale giurisprudenza, essendo derogabile dall'autonomia contrattuale delle parti il primo comma dell'art. 1917 c.c., il contratto con clausola *claims made* costituisce un contratto atipico ex art. 1322 c.c. e pertanto valido ed efficace, mentre spetta al giudice stabilire, caso per caso, se quella clausola abbia eventualmente natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.³.

Tale è stato l'orientamento pressoché costante della giurisprudenza⁴, fino alla sentenza n. 3662 del 2014 emessa sempre dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione. Con tale pronuncia la Suprema Corte, dopo aver premesso che «il problema dell'efficacia della clausola *claims made* viene qui esaminato e deciso con esclusivo riferimento al caso oggetto di esame, cioè al caso in cui la copertura assicurativa sia estesa ai comportamenti anteriori alla stipulazione del contratto» e dopo aver concluso per l'efficacia della clausola stessa, hanno, poi, lasciato intendere di nutrire dubbi con riferimento ai diversi casi in cui la domanda risarcitoria sia stata per la prima volta proposta dopo lo scioglimento del contratto medesimo. I giudici affermano che «in questo secondo caso la clausola potrebbe effettivamente porre problemi di validità, venendo a mancare, in danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, per il solo fatto che la domanda risarcitoria viene proposta dopo lo scioglimento del contratto.»⁵.

Tale contrasto ha giustificato la rimessione della questione alle Sezioni Unite.

dell'assicurazione, deve pagare a un terzo [1218, 2043], in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi [1900]. [II]. L'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede [2767]. [III]. Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse [1932]. [IV]. L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore [1932; 106 c.p.c.]».

³ Cass. Civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; Trib. Milano, 18 marzo 2010; Trib. Bari, 12 luglio 2012; Cass. civ. Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7273; Cass. civ. Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872.

⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891.

⁵ Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3662.

¹ Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622.

² Art. 1917 c.c.: «[I]. Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo

2. La sentenza a Sezioni Unite del 06 maggio 2016, n. 9140

Le Sezioni Unite, chiamate a dirimere il contrasto, hanno in parte confermato l'orientamento maggioritario su esposto, in parte lo hanno innovato soffermandosi in particolare sulla clausola *claims made* "impura". Innanzitutto la Corte, riprendendo la giurisprudenza precedente, ha ribadito la validità in astratto della clausola, da un lato per il non venir meno dell'alea di rischio quale elemento essenziale; dall'altro per non essere escluso dalla normativa codicistica che i contraenti possano derogare all'art. 1917 1° co. c.p.c. realizzando un contratto atipico ex art. 1322 c.c. del pari valido ed efficace.

A questo punto però, le Sezioni Unite si sono distinte rispetto alle precedenti pronunce. Difatti, con la sentenza in esame, i giudici di legittimità ritengono che il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla clausola *claims made* impura, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, rientra "nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto", entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. Ebbene, poiché l'assicurazione della responsabilità civile risulta ontologicamente compatibile con tale disposizione, il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità. Pertanto la clausola *claims made*, oltre ad essere astrattamente valida risulta altresì non essere mai vessatoria in quanto non limitativa della responsabilità dell'assicuratore.

Con tale pronuncia la Suprema Corte ha risolto ogni conflitto giurisprudenziale sottraendo ai giudici di merito la valutazione (discrezionale) sulla vessatorietà della clausola, ma in realtà ha creato le basi per successivi contrasti. Difatti, continuano le Sezioni Unite, se è vero che il contratto con *claims made* è da ritenersi un contratto tipico con all'interno un patto atipico tutelato ai sensi del 1322 c.c., di conseguenza lo stesso soggiace al giudizio di meritevolezza degli interessi cui è diretto a realizzare. Nello specifico le Sezioni Unite hanno espresso il seguente principio di diritto: «Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola "*claims made*" mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a

carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata». In definitiva, se è pur vero che veniva esclusa la vessatorietà della pattuizione, sono tuttavia residue le incertezze in relazione alla validità.

3. Le prime pronunce a seguito delle SS.UU.

La conferma dell'effetto "vaso di Pandora" della pronuncia a Sezioni Unite, si è avuta quasi nell'immediato con due antitetiche sentenze di due diversi giudici di merito, una del Tribunale di Milano ed una del Tribunale di Napoli. Entrambe le sentenze pur partendo proprio dai principi enunciati dalla Suprema Corte, sono tuttavia giunte a conclusioni leggermente differenti, tenuto conto delle circostanze del caso concreto. Il Tribunale meneghino ha ritenuto immeritevole, e dunque invalida, quella parte della pattuizione che, invece di coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza (tenuto conto della prescrizione in ambito della responsabilità contrattuale), limitava la garanzia ai rischi di un preciso arco temporale. Secondo il Tribunale di Milano, l'inefficacia non si estendeva alla parte in cui si delimitava l'oggetto del contratto alle richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di validità dell'assicurazione, bensì a quella parte della polizza che non prevedeva copertura per fatti denunciati successivamente alla cessazione del rapporto assicurativo. La garanzia, pertanto, nel caso esaminato, è stata ritenuta operante sebbene la richiesta risarcitoria al professionista (nel caso un architetto) è avvenuta successivamente al tempo dell'assicurazione ed in relazione ad una condotta e/o omissione dell'assicurato durante la vigenza del contratto⁶.

La corte partenopea, al contrario, ha dovuto decidere sulla validità di un contratto con *claims made* siglato da una struttura ospedaliera. In tal caso l'assicurato chiedeva l'accertamento dell'inefficacia della pattuizione così da farsi rientrare nella copertura as-

⁶ Trib. Milano, sez. I civ., sent., 17 giugno 2016, n. 7149: «Il contratto di assicurazione che limiti la copertura assicurativa alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervenga sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, appare del tutto incompatibile proprio con lo schema della responsabilità professionale quando, in ragione delle caratteristiche dell'opera intellettuale prestata e della inevitabile discrasia temporale tra l'esecuzione della prestazione e la manifestazione del danno, è pressoché impossibile che in uno stesso anno si verifichi sia la condotta (o l'omissione) del professionista che la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato. Quando la clausola detta *claims made* non sia dunque meritevole di tutela dovrà essere dichiarata nulla e sostituita di diritto dalla corrispondente disposizione di legge contenuta nell'art. 1917 c.c., con la conseguenza che tale clausola sarà ritenuta inefficace nella parte della pattuizione che, invece che coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza, limiti la garanzia ai rischi nel limitato periodo temporale».

sicurativa un sinistro denunciato dopo la cessazione della polizza, ma relativo a fatti avvenuti in vigenza di polizza. In tal caso, tuttavia, il Tribunale ha rigettato la domanda di manleva sul presupposto che, attesa la continuità di prestazioni mediche offerte dall'assicurato quale struttura ospedaliera, lo stesso ha interesse a vedersi tutelato per eventi verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della polizza e, pertanto, l'inserimento della clausola *claims made* realizzava, nel caso di specie, una sufficiente meritevolezza⁷.

4. La clausola oggetto del giudizio

La clausola contenuta nel contratto di assicurazione richiamato nel giudizio di merito ed oggetto del vaglio della Suprema Corte, è una clausola "a richiesta fatta" con previsione di un periodo di retroattività di tre anni e nessuna postuma. Altrimenti detto, con tale previsione, la polizza in questione copriva tutti i sinistri denunciati durante la vigenza del contratto che fossero stati conseguenze di eventi accaduti durante lo stesso periodo o anche di eventi accaduti entro i tre anni precedenti; al contrario non copriva i sinistri denunciati successivamente alla data di scadenza del contratto anche se conseguenze di fatti accaduti durante la vigenza dello stesso.

5. La decisione

Immediato riflesso della nuova l. 24/17 in tema di responsabilità sanitaria: questa sembra essere la prima lettura della sentenza in commento.

Infatti, la legge «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie» all'art. 11 [Estensione della garanzia assicurativa] detta line guida su cui insisteranno i decreti attuativi che, nella formulazione dei criteri minimi delle polizze, dovranno prevedere l'estensione della garanzia anche agli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo (c.d. pregressa di dieci anni) e la copertura di tutte le richieste avanzate nei dieci anni successivi purchè riferiti a fatti accaduti al tempo dell'assicurazione (c.d. postuma di dieci anni). In buona sostanza la Suprema Corte, ritenendo non meritevole di tutela la clausola *claims made* inserita in una polizza priva di "postuma", ha inteso cumulare – in favore dell'assicurato – tanto le tipicità vantaggiose della *claims made*, quanto quelle della *loss occurrence*. «...Sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma cc,

contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: (a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sentenza 22950/15 – 19559/15); (b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sentenza 4222/17; 3080/16; 12454/09; 1898/00; 9975/95); (c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09). È alla luce di questi criteri che va valutata, nel caso di specie, la meritevolezza della clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione stipulato tra l'Azienda e la U. È incontrovertibile che quel contratto copriva il rischio di responsabilità civile, cui l'Azienda fosse rimasta esposta nell'esercizio della propria attività, ovvero lo svolgimento di prestazioni sanitarie. Come già detto, essa escludeva l'indennizzabilità delle richieste postume. È, infine, incontrovertibile che i sanitari dipendenti dell'Azienda causarono danno ad un paziente nel 2003; che il terzo danneggiato rivolse la sua richiesta di risarcimento all'Azienda nel 2005. Una clausola di questo tipo, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulata da un soggetto esercente la professione sanitaria, ed a copertura dei rischi propri di questa, non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati poc'anzi, nell'esordio del presente paragrafo»

La sentenza in commento arriva all'indomani di una pronuncia di segno contrario della stessa Corte⁸ «Nella specie è certamente da escludere che possa ricorrere l'ipotesi della nullità della clausola per difetto di meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti dalle parti. La corte di appello si è espressa in proposito, valorizzando la condizione di favore per l'assicurato rappresentata dall'estensione della garanzia ai fatti dannosi verificatisi prima della conclusione del contratto (estensione possibile, a determinate condizioni, anche ai fatti avvenuti nel periodo di operatività della polizza e oggetto di richiesta risarcitoria nei 24 mesi successivi)».

Non rimane che chiedersi: siamo diretti verso una nuova tipologia di clausola contrattuale?

⁷ Trib. Napoli, sez. II civ., sent., 20 giugno 2016, n. 7807 «L'interesse dell'assicurato a vedersi tutelato per eventi verificatisi anteriormente alla entrata in vigore della polizza realizza una sufficiente meritevolezza, di conseguenza la clausola *claims made* deve essere considerata lecita e meritevole di tutela, senza dover essere integrata o modificata, ex art. 1419 c.c., comma 2, per conseguire un più corretto temperamento di interessi, così come suggerito dalla Suprema Corte per l'ipotesi di vaglio negativo della detta meritevolezza».

⁸ Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2017, n. 417.

Ylenia Zaira Alfano

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

Sul contratto di locazione "in nero": la registrazione tardiva sana il contratto con efficacia *ex tunc*.

Nota a Corte di Cassazione, sez. III Civile, sentenza 28 aprile 2017, n. 10498

abstract

In the ruling, the Third Chamber of the Court of Cassation has taken position on a lengthy question concerning the relationship between the registration of the lease and the validity of the same lease, and finally explaining that the completion of the fiscal performance, albeit in the end, has retroactive effect.

keywords

Contract – Lease – Registration – Validity – Sanatorium ex tunc.

abstract

Nella pronuncia in commento, la Sezione terza della Corte di Cassazione ha preso posizione su una annosa questione relativa ai rapporti tra registrazione del contratto di locazione e validità del medesimo, finalmente chiarendo che il perfezionamento dell'adempimento fiscale, seppur tardivo, sana il contratto con efficacia retroattiva.

parole chiave

Contratto – Locazione – Registrazione – Validità – Sanatoria ex tunc.

Locazione – Contratto – Tardiva registrazione – Sanatoria ex tunc.

La mancata registrazione del contratto, prevista dall'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004, ne determina la nullità ex art. 1418 c.c. che, tuttavia, attesa la sua atipicità, desumibile dal complessivo impianto normativo in materia ed in particolare dalla espressa previsione di forme di sanatoria, è sanata con effetti "ex tunc" dalla tardiva registrazione del contratto.

Cass., sez. III civ., 28 aprile 2017, n. 10498,

Pres. Ambrosio - Rel. Armano

(omissis)

Fatti del processo

La F. di C. & C. s.n.c, premesso di aver concesso

in locazione un immobile ad uso diverso di abitazione in data 3 settembre 2008, per la durata di due anni, alla società P. S. di M. E. s.n.c, ha citato in giudizio davanti al Tribunale di Rimini la suddetta società per sentir accertare l'illegittimità del recesso anticipato, con condanna della conduttrice al pagamento di quindici mensilità per canoni dovuti fino alla scadenza contrattuale o, in via subordinata, al pagamento di tre mensilità del canone ritenute necessarie per giungere alla prima scadenza annuale del contratto. La P. S. si è costituita chiedendo il rigetto della domanda e proponendo domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento, oltre al risarcimento del danno. Il Tribunale, accertato che era intervenuta, se pure tardivamente e nel corso del giudizio, la registrazione del contratto di locazione, ha ritenuto il recesso della conduttrice privo dei requisiti richiesti dall'art.27 l. 392/78; ha accolto la domanda di pagamento dei canoni dovuti dalla conduttrice sino alla prima scadenza contrattuale e respinto la domanda riconvenzionale di inadempimento e risarcimento del danno.

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza depositata il 23 gennaio 2014, ha confermato la decisione di primo grado. La società P. S. s.n.c ha proposto ricorso per cassazione con tre motivi illustrati da memoria. Si è difesa con controricorso la F.11i D.

Ragioni dell'decisione

1. Con i motivi di ricorso si denuncia:

1) violazione o falsa applicazione dell'art. 1 comma 346 della legge 30 dicembre 2004 n. 311; violazione dell'art. 2704 cc (ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ.). Secondo la società ricorrente il contratto di locazione non registrato sarebbe nullo per violazione della norma imperativa o – al più – valido *ex nunc* e cioè dal momento della registrazione, avvenuta in corso di causa, per cui la pretesa di pagamento dei canoni sarebbe infondata in quanto basata su un contratto nullo al momento della proposizione della domanda;

2) violazione degli artt. 414 e 420 c.p.c., *mutatio libelli* e violazione diritto di difesa; violazione dell' art.

112 c.p.c. (360 n. 4); si sostiene che, essendo stato registrato il contratto in corso di causa, vi è stata una *mutatio libelli*;

3) violazione o falsa applicazione dell'art. 27 L. 392 del 1978 (ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ.); si censura la statuizione di conferma della decisione di primo grado in ordine alla illegittimità del recesso del conduttore

2. I primi due motivi si esaminano congiuntamente per la stretta connessione logico-giuridica che li lega e sono infondati. La Corte d'appello ha affermato, in adesione alla motivazione del primo giudice, che la registrazione opera non come requisito di validità del contratto, ma come *condicio iuris* di efficacia dello stesso, ritenendo che essa possa intervenire anche in un momento successivo alla conclusione di negozio, con efficacia sanante *ex tunc* in applicazione dell'articolo 1360 cc. 3. Preliminare è l'esame della normativa fiscale che regola la materia. Gli artt. 2, lett. a) e b), e 3, lett. a), del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (Testo unico sull'imposta di registro), sé all'art. 5, comma 1, lett. b) della "Tariffa" allegata, parte I, e all'art. 2 bis, parte II della medesima Tariffa, richiamata dal citato art. 2., prevedono la registrazione del contratto di locazione. Sono soggetti a registrazione sia le locazioni stipulate in forma scritta che quelle stipulate in forma verbale. Ai sensi dell'articolo 17, comma 1, del medesimo d.P.R., come modificato dall'articolo 68 della legge 21 novembre 2000 n. 342, la registrazione deve essere effettuata entro 30 giorni dalla data dell'atto o dalla sua esecuzione in caso di contratto verbale. Come effetti l'art. 18 del medesimo d.P.R. prevede che la registrazione attesta l'esistenza degli atti ed attribuisce ad essi data certa di fronte ai terzi a norma dell'art. 2704 del codice civile (ma non prevede espressamente alcuna sanzione per l'inosservanza dell'obbligo imposto.) Secondo l'art. 76, comma 5, del citato d.P.R. n. 131 del 1986, "l'intervenuta decadenza – non dispensa dal pagamento dell'imposta in caso di registrazione volontaria o quando si faccia uso dell'atto ai sensi dell'art. 6", ammettendo implicitamente la possibilità di una registrazione tardiva, anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione. 4. Istituto introdotto successivamente è poi il c.d. "ravvedimento operoso", che prevede la riduzione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi ed alle condizioni indicate dall'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, modificato dai decreti legislativi n. 203 del 5 giugno 1998, n. 422 del 19 novembre 1998 e n. 99 del 30 marzo 2000, nonché dal decreto-legge n. 185 del 29 novembre 2008 (convertito con modificazioni dalla legge n. 2 del 28 gennaio 2009), applicabile a tutti i tributi. 5. Inoltre l'art. 20 del d.P.R. n. 131/1986 ha introdotto il principio dell'autonomia dell'interpretazione fiscale del contratto rispetto alla sua interpretazione civilistica. Un principio di tendenziale non interferenza tra le regole di diritto tributario e quelle attinenti alla validità

civilistica degli atti, è stato introdotto nell'art. 10, comma 3, I. 27 luglio 2000, n. 212 (sullo statuto dei diritti del contribuente), secondo cui, "le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto"; ciò dopo aver affermato, al comma 1 del medesimo art. 10, che "i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede". 6. Con l'art. 13, comma 1, della I. 9 dicembre 1998 n. 431 (Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo), il legislatore ha previsto che "è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato". Nei casi di nullità di cui al comma 1 il conduttore, con azione proponibile nel termine di sei mesi dalla riconsegna dell'immobile locato, può chiedere la restituzione delle somme corrisposte in misura superiore al canone risultante dal contratto scritto e registrato Con legge 28 dicembre 2015 n. 2008 (legge di stabilità 2016) all'art. 13, comma 1, della I. 9 dicembre 1998 n. 431 viene previsto l'obbligo del locatore di provvedere alla registrazione del contratto nel termine perentorio di trenta giorni. 7. Quanto alle imposte sui redditi, con specifico riferimento ai contratti di locazione immobiliare, l'art. 41-ter del d.P.R. n. 600 del 1973 (inserito nel testo del citato D.P.R. dal comma 342 dell'art. 1, I. 30 dicembre 2004 n. 311, c.d. legge finanziaria per l'anno 2005), al comma 2, stabilisce, ufficiale a sua volta, che "in caso di omessa registrazione del contratto di locazione di immobili, si presume, salva documentata prova contraria, l'esistenza del rapporto di locazione anche per i quattro periodi d'imposta antecedenti quello nel corso del quale è accertato il rapporto stesso". L'art. 1, comma 346 della I. 30 dicembre 2004 n. 311 ha disposto: "i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati". 8. Deve ricordarsi anche che l'art. 3 del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, in caso di omessa registrazione entro il termine stabilito dalla legge del contratto di locazione ad uso abitazione, ha sostituito una durata legale del rapporto in quattro anni rinnovabili decorrenti dal momento della registrazione tardiva ed un canone annuale determinato nella misura del triplo della rendita catastale dell'immobile, ove inferiore a quella pattuita. Tali disposizioni sono state successivamente dichiarate incostituzionali per eccesso di delega con sentenza della Corte Cost. 14 marzo 2014 n. 50, e la stessa sorte ha subito l'art. 5, comma 1-ter, del d.l. 28 marzo 2014 n. 47 (convertito in I. 23 maggio 2014 n. 80), che aveva cercato di salvare temporaneamente gli effetti già prodotti sui contratti di locazione in virtù della disciplina di cui alle norme incostituzionali, a sua volta dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sen-

tenza del 16 luglio 2015 n. 169. 9. Da ultimo la Legge di stabilità 2015 (Legge n. 190/2014, art. 1, commi da 634 a 640) ha introdotto una serie di disposizioni volte a consentire un ravvedimento operoso con un limite temporale più ampio di quello previsto in precedenza. 10. Nel tempo la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunziarsi sulla costituzionalità di alcune delle norme indicate. Si è occupata dell'art. 13, I. n. 431 del 1998, nella parte in cui prevede con riferimento ai soli contratti di locazione ad uso abitativo, la nullità delle pattuizioni volte a determinare un importo del canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (comma 1) e consente al conduttore di chiedere la restituzione delle somme indebitamente corrisposte (comma 2). Con ordinanza n. 242 del 2004 ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione sollevata da Tribunale di La Spezia per contrasto con l'art. 3 Cost., con riferimento al citato art. 13, perché il rimettente, pur alla luce delle diverse tesi riscontrabili in giurisprudenza circa la natura e gli effetti della registrazione del contratto di locazione e la corrispondente pluralità di opinioni sostenute in dottrina aveva lasciato incompiuto quel doveroso tentativo di ricercare un'interpretazione adeguatrice del testo di legge denunciato, al quale ciascun giudice è, comunque, tenuto prima di proporre l'incidente di costituzionalità. 11. La Corte costituzionale si è pronunziata per tre volte in ordine alla costituzionalità all'art. 1, comma 346 della I. 30 dicembre 2004 n. 311. Con ordinanza n. 420 del 5-12-2007 la Corte si è pronunziata in ordine alla questione sollevata dal tribunale di Torino per contrasto con l'art. 24 Cost. perché la norma condizionerebbe l'esercizio della tutela giurisdizionale dei diritti all'adempimento di un onere fiscale, con la previsione che la validità del contratto di locazione è subordinata alla registrazione dello stesso. La Corte ha ritenuto la manifesta infondatezza "per l'inconferenza del parametro costituzionale invocato" (l'art. 24 Cost.) dal remittente sul rilievo, stante il carattere sostanziale della norma denunciata, che non attiene alla materia delle garanzie di tutela giurisdizionale. La Corte ha affermato che l'art. 1, comma 346, della I. n. 311 del 2004 "non introduce ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, ma eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.". Altra questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 346, I. n. 311 del 2004 è stata sollevata in due distinte occasioni dal Tribunale di Napoli, sez. distaccata di Ischia, in relazione agli artt. 41, 3 e 24 Cost.

Con ordinanze n. 389 del 19-11-2008 e n. 110 del 9-4-2009 la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione, con riferimento ai parametri 41 e 3 Cost., e manifestamente infondata quanto al parametro dell'art. 24 Cost. In particolare, la declaratoria di inammissibilità è stata fondata, quanto al parametro dell'art. 3, sul rilievo che il giudice remittente

non aveva adeguatamente individuato "i motivi dell'ipotizzata irragionevolezza intrinseca della norma, limitandosi ad indicare, in termini meramente descrittivi, l'ovvia diversità delle conseguenze per le parti derivanti dalla previsione della nullità del contratto rispetto al regime precedente", nonché, quanto al parametro dell'art. 41, sulla considerazione che nell'ordinanza di remissione non erano state "neppure chiarite le ripercussioni della nullità sull'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione finanziaria sotto il profilo della possibilità o meno per la stessa di trattenere le somme eventualmente versate a titolo di imposta di registro".) La manifestata infondatezza delle questioni, con riferimento al parametro dell'art. 24 Cost. è stata invece motivata richiamando la precedente ordinanza n. 420 del 2007 emessa dalla stessa Corte. Già citata è la sentenza n. 50 del 14 marzo 2014 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dei commi 8 e 9 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2011 per eccesso di delega (art. 76 Cost.). Una disposizione sostanzialmente riprodotte, quanto alla misura del canone, la norma dichiarata incostituzionale risulta peraltro attualmente vigente, in quanto reintrodotta al comma 5 dell'art. 13, I. n. 431/1998 ad opera della novella operata con l'art. 1, comma 59, della I. 28 dicembre 2015 n. 208. 12. In ordine agli effetti civili che possono derivare dalle violazioni tributarie la giurisprudenza prevalente ha negato che la norma fiscale abbia carattere imperativo, conclusione raggiunta valorizzando la distinzione tra norme imperative e norme inderogabili ritenendo il carattere settoriale dell'interesse sotteso. Si è affermato che "le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative, presupponendo tale qualificazione che la norma abbia carattere proibitivo e sia posta a tutela di interessi generali, che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico. Caratteri, questi, certamente non ravvisabili nelle norme tributarie, in quanto esse sono poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti, ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva (Cass. 5 novembre 1999 n. 12327; 8 novembre 1995, n. 11598; 19 giugno 1981, n. 4024). 13. In generale, è sempre stato riconosciuto vigente un principio di non interferenza fra le regole del diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti, principio che si è ritenuto confermato dalla stessa normativa tributaria di contrasto all'elusione fiscale, la quale sancisce la mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di "sostanza economica" e finalizzati, "pur nel rispetto formale delle norme fiscali" a realizzare "essenzialmente vantaggi fiscali indebiti" (così l'art. 10-*bis* della I. n. 212 del 2000, aggiunto dall'art. 1 del d.lgs. n. 128 del 5 agosto 2015, che

abroga e sostituisce l'art. 37-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, a sua volta già inserito nel testo del d.P.R. n. 600 del 1973 dall'art. 7 del d.lgs. n. 358 del 1997) e rafforzato dall'art. 10, comma 3, della stessa I. n. 212 del 2000, a mente del quale, "le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto", confermato dalla stessa normativa tributaria di contrasto all'elusione fiscale. 14. Successivamente è iniziato ad emergere un cambiamento di impostazione avendo la giurisprudenza affermato, in materia di cosiddetti dividendi *washing* che pur non esistendo nell'ordinamento fiscale italiano una clausola generale antielusiva, non può negarsi l'emergenza di un principio tendenziale, desumibile dalle fonti comunitarie e dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale. L'applicazione del predetto principio si è tradotta nella individuazione di un difetto di causa che dà luogo alla nullità dei contratti collegati di acquisto e di rivendita delle azioni, non conseguendo dagli stessi alcun vantaggio economico per le parti, all'infuori del risparmio fiscale. Tale mancanza di ragione, che investe nella sua essenza lo scambio tra le prestazioni contrattuali attuato attraverso il collegamento negoziale, comporta l'inefficacia dei contratti nei confronti del fisco (Cass. sent. n. 20398 del 21-10-2005); inoltre si è ritenuto che l'amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per frode alla legge, ivi compresa la legge tributaria (art. 1344 cod. civ.); la relativa prova può essere fornita con qualsiasi mezzo, anche attraverso presunzioni (Cass 20816 del 26-10-2005). Decisioni successive sono tornate al tradizionale orientamento secondo cui le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette ad eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale, non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovando nel sistema tributario le relative sanzioni (Cass., sez. 2, n. 4785 del 28/02/2007, Cass. sez. 3, n. 7282 del 18 marzo 2008, e, in precedenza, tra le altre Cass. sez. 3 n. 13621 del 22 luglio 2004). 15. Deve porsi in evidenza che a partire dalla legislazione tributaria del 1998 si è sviluppata una inversione di tendenza rispetto al principio di non interferenza della norma tributaria sulla validità dell'atto, culminata con l'emanazione dell'art. 1, comma 346, della I. n. 311 del 2004, così come interpretato della sentenza della Corte Costituzionale del 2007. 16. La Giurisprudenza di merito ha inquadrato la "nullità" per mancata registrazione del contratto di locazione con il riferimento a diversi istituti giuridici. Secondo alcune pronunce la registrazione non costituisce requisito di validità del contratto, ma mera *condi-*

cio juris di efficacia dello stesso, che può intervenire ed avverarsi in un momento successivo alla conclusione del negozio, inducendo l'efficacia dello stesso con effetto *ex tunc*, ai sensi dell'art. 1360, comma 1, c.c. Altra parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto che la norma dell'art. 1, comma 346, I. n. 311 del 2004 non introduce una condizione di efficacia, in quanto, come indicato dalla Corte Costituzionale (ordinanze nn. 420 del 2007, 389 del 2008 e 110 del 2009), opera su un piano sostanziale introducendo una nullità non prevista dal codice civile, con la conseguenza che la norma tributaria viene elevata a rango di norma imperativa, la cui violazione determina la nullità del negozio ex art. 1418 c.c., suscettibile però di sanatoria con effetti *ex nunc* a seguito di tardiva registrazione. Una posizione minoritaria e più rigorosa riconosce nella disposizione dell'art. 1, comma 346, I. n. 311 del 2004 una vera e propria nullità, assoluta e rilevabile d'ufficio, non suscettibile di sanatoria alcuna a seguito di tardiva registrazione, in applicazione dell'art. 1423 c.c. 17. La dottrina prevalente è stata molto critica nella lettura dell'art. 1, comma 346, della I. n. 311/2004 e nella previsione in esso contenuta di una nullità del contratto indipendente da un vizio genetico e dipendente invece da un comportamento successivo alla stipula dello stesso. È stato evidenziato il contrasto esistente fra tale previsione e principi stabiliti dal codice in materia di nullità del contratto. Una teoria minoritaria e rispettosa del dato testuale della legge ha ritenuto che i contratti di locazione stipulati dopo l'introduzione di questa norma sono nulli con una nullità non suscettibile di sanatoria. Sempre rimanendo nel rispetto del dato testuale della norma e dell'interpretazione della Corte Costituzionale del 2007, altra parte della dottrina ha ritenuto la nullità del contratto di locazione non registrato, ma contemporaneamente ha ritenuto compatibile anche una sanatoria per tardiva registrazione del contratto in quanto il riconoscimento di una sanatoria per l'adempimento è una conseguenza coerente all'introduzione nell'ordinamento di una nullità per inadempimento. Seguendo questa teoria però l'adempimento tardivo dell'obbligo di registrazione produce un'efficacia sanante *ex nunc* secondo lo schema della conferma. Altri autori, pur riconoscendo in quella prevista dal legislatore per la mancata registrazione del contratto una nullità, parlano di nullità "impropria" e "atipica", perché il contratto spiegherebbe comunque i suoi effetti almeno fino a 30 giorni, termine ultimo per effettuare la registrazione, assimilabile alla convalida. Altri autori invece ritengono che con la sanatoria si attui la definitiva eliminazione della nullità e la riviviscenza dunque di tutti gli effetti contrattuali. La dottrina prevalente però si allontana dal dato testuale inserito nella norma e propende per ritenere che il legislatore con il comma 346 cit. ha introdotto una condizione legale di efficacia della locazione, rappresentata dall'adempimento

mento dell'obbligo tributario della registrazione che, una volta avvenuta, conferisce efficacia giuridica al negozio fin dalla sua origine in parallelo con l'efficacia retroattiva della condizione. A sostegno di questa tesi sono state evidenziate le numerose incongruenze di ordine sistematico che deriverebbero dall'interpretazione della norma come nullità, valorizzando anche il contenuto dell'articolo 10 comma tre dello Statuto del Contribuente che, benché non abbia la forza di imporsi alle norme speciali sopravvenute, costituirebbe comunque un indice indicativo del rapporto fra la norma tributaria e norma civilistica. Deve ricordarsi anche la dottrina che interpreta la norma come previsione di una fattispecie a formazione progressiva, individuando nella registrazione un fatto che integra e completa il procedimento che conduce al contratto, che così produrrà i suoi effetti tra le parti acquistando efficacia solo al momento del perfezionamento. Tale dottrina ritiene che gli effetti della registrazione retroagiscono fin dall'inizio del contratto con effetto *ex tunc*.

È necessario a questo punto valutare il contenuto della sentenza Sez. Unite, 17/09/2015, n. 18213 che si è pronunciata sull'irrelevanza della tardiva registrazione del patto occulto sul canone nelle locazioni abitative con riguardo all'art. 13 L. n. 431 del 1998 „, al fine di individuare principi di contenuto generale utilizzabili anche per l'interpretazione dell'art. 1, comma 346, della I. n. 311/2004. Si osserva che S.U. n. 18213 del 2015 – pur ricercando “un unico filo conduttore” nella legislazione successiva al 1998 e affermando “un principio generale di inferenza/interferenza dell'obbligo tributario con la validità del negozio” – pone precisi “paletti” tra la sanzione di nullità della (sola) previsione occulta di una maggiorazione del canone apparente, così come indicato nel contratto registrato di locazione abitativa, prevista dall'art. 13 L. n. 431 del 1998) e la sanzione della nullità per omessa registrazione introdotta dall'art. 1, comma 346 finanziaria. In particolare le Sezioni Unite – premesso che, nel caso all'esame, la norma di riferimento andava individuata nell'art. 13 L. 431 del 1998, nel testo vigente *ratione temporis*, in quanto il contratto era stato stipulato nel marzo del 2003, in epoca cioè antecedente all'entrata in vigore della L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 346, (legge finanziaria 2005) – hanno chiaramente distinto la ratio sottesa all'una e all'altra normativa, affermando: “(9.3.) L'interpretazione dell'art. 13 (della L. n. 431 del 1998) deve, difatti, condursi alla stregua della più generale riflessione secondo cui già nel 1998 la volontà del legislatore era quella di sanzionare di nullità la sola previsione occulta di una maggiorazione del canone apparente, così come indicato nel contratto registrato, in guisa di vera e propria *lex specialis*, derogativa *ratione materiae*, alla *lex generalis* (benché posteriore) costituita dal c.d. statuto del contribuente. (9.4.) La corretta evocazione, compiuta

dal collegio remittente con l'ordinanza interlocutoria, dell'istituto della causa negoziale sì come rivisitato da questa Corte con la sentenza 10490/2006, predicativa del carattere c.d. “concreto” dell'elemento causale, consente di affermare che lo scopo del procedimento simulatorio è indiscutibilmente quello dell'occultamento al fisco della differenza tra la somma indicata nel contratto registrato e quella effettivamente percepita dal locatore. (9.5.) Ma ciò non significa che il legislatore del 1998 abbia voluto sancire un obbligo di registrazione del contratto con norma imperativa la cui violazione comporterebbe la nullità dell'intero contratto. (11.4.) Se la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo (nel sistema tributario è previsto, difatti, il cosiddetto “ravvedimento” d.lgs. n. 471 del 1997, ex art. 13, comma 1, – disciplina poi confermata ex d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 –, consistente nel versamento di una sanzione pecuniaria ridotta per correggere errori ed omissioni o per versare in ritardo l'imposta dovuta, alla

condizione che la violazione non sia già stata constatata e comunque non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali l'autore o i soggetti solidalmente obbligati abbiano avuto formale conoscenza).”

19. Così delineato il sistema normativo di riferimento, il contenuto delle decisioni della Corte Costituzionale, lo sviluppo e lo stato attuale della giurisprudenza di merito e di legittimità, gli indirizzi dottrinari in relazione all'art. 1, comma 346, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, questa Corte si trova a dover fare applicazione di tale disposizione nella cui formulazione il legislatore esplicitamente ha usato il termine “nullità” del contratto non registrato. Appare a questo Collegio semplicistico e riduttivo affermare, come fa parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, che il legislatore abbia utilizzato il termine “nullità”, volendosi riferire a diverso istituto giuridico. La nullità del negozio giuridico costituisce una categoria cardine del diritto civile e la disciplina che la regola è ben nota a qualsiasi studioso del diritto, tanto da portare ad escludere che il legislatore abbia utilizzato questo termine senza rendersi conto del significato e delle conseguenze che ne sarebbero derivate.

20. D'altra parte è necessario confrontarsi con una pluralità di distonie esistenti sul piano sistematico fra la norma in oggetto e i principi stabiliti dal codice civile in materia di nullità dei contratti, che collegano tale forma di invalidità ai vizi riguardanti l'iter formativo e costitutivo dell'atto negoziale, nel quale certamente è difficile far rientrare un evento, come la mancata registrazione, estraneo al contratto e ad esso temporalmente successivo. La ricostruzione della fattispecie in termini di nullità, come ha evidenziato gran parte

della dottrina e della giurisprudenza, implica come conseguenza la rilevanza d'ufficio da parte del giudice, l'imprescrittibilità dell'azione, l'impossibilità di sanare il negozio per convalida e, soprattutto, la legittimazione di chiunque vi abbia interesse ad esercitare l'azione di nullità. Inoltre deve tenersi conto di alcune conseguenze evidenziate dagli interpreti più avveduti con effetti negativi per i conduttori di immobili non abitativi per i quali si realizzerebbe di fatto una sostanziale liberalizzazione, in quanto l'omessa registrazione vanificherebbe la tutela dell'avviamento commerciale, il diritto alla prelazione, come pure la libera trasferibilità dell'azienda e del contratto di locazione: siffatte forme di tutela, infatti, non potrebbero essere invocate per un contratto originariamente nullo.

21. Si osserva, però, che la disposizione del 2004 non può che essere interpretata con la volontà del legislatore di prevedere la sanzione della nullità per mancata registrazione estesa a qualsiasi pattuizione relativa sia alla locazione ad uso abitazione che a quelli ad uso diverso. L'interprete si deve confrontare con questa realtà normativa che non si può eludere per la sua chiarezza terminologica e che, come si è detto, rende difficile aderire ad alcune affermazioni della giurisprudenza di merito e di parte dottrina che portano alla conclusione di una volontà del legislatore di dire una cosa diversa da quella che effettivamente ha detto.

22. Deve inoltre tenersi conto delle affermazioni della Corte Costituzionale, che per ben tre volte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 346, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, ritenendo non solo la legittimità costituzionale della norma rispetto ai parametri invocati dai giudici remittenti, ma aggiungendo una interpretazione della norma di cui questa Corte deve tenere conto. Come si è detto la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 420 del 2007 ha ritenuto il carattere sostanziale della norma denunciata, che non introduce ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, ma eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. Le successive due pronunce, già indicate in precedenza, hanno richiamato confermandoli i principi dell'ordinanza del 2007.

23. Questa Corte ritiene di seguire le autorevoli indicazioni della Corte Costituzionale che ha qualificato l'ipotesi oggetto dell'art. 1, comma 346, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 come nullità del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c. La qualificazione della norma tributaria sull'obbligo di registrazione come norma imperativa fa ritenere che la Corte Costituzionale abbia valutato che essa è stata dettata non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato e neanche per un interesse solo settoriale, come la giurisprudenza ha più volte affermato in passato in relazione alle norme tributarie, ma che è stata dettata nell'interesse pubblico e

generale al rispetto da parte di ciascun cittadino dell'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, per cui l'obbligo di registrazione del contratto di locazione si impone inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti. La finalità della norma è chiaramente quella della emersione del reddito da fabbricati oltre al gettito fiscale derivante dalla registrazione stessa. La Corte costituzionale, nel qualificare l'effetto della mancata registrazione del contratto come nullità *ex art. 1418 c.c.*, ha tenuto conto della sanzione espressamente prevista dal legislatore. 24. Alla luce di quanto sopra, si osserva che l'interpretazione che parla di inefficacia del negozio non registrato svuoterebbe la sanzione prevista dal legislatore e ridurrebbe a mera "enfasi legislativa" la parola nullità, anche alla luce delle autorevoli indicazioni di cui sopra; il legislatore non voleva "sospendere" gli effetti della locazione sino alla registrazione, ma negarne la stessa validità sul piano dei rapporti interni alle parti se non e in quanto registrata.

25. Certo rimane la peculiarità di una nullità del contratto per contrarietà a norme imperative indipendenti da violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, ma che postula un'attività esterna alla formazione del negozio, che risulterebbe altrimenti privo di deficienze strutturali e ormai perfezionato. Ma proprio tale profilo rende ammissibile la possibilità di ricostruire la tardiva registrazione come fattispecie sanante con efficacia retroattiva della nullità del contratto, una volta adempiuto al precetto tributario. La stessa normativa fiscale, come ha previsto la sanzione della nullità in ipotesi di mancata registrazione del contratto di locazione, contemporaneamente ha previsto la possibilità di sanatoria, ammettendo la registrazione tardiva, come si rileva implicitamente da alcune delle norme suelencate ed esplicitamente dalla normativa sul ravvedimento. 26. Deve ricordarsi che l'art. 3 del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, relativo alle sole locazioni ad uso abitativo, prevedeva che dalla mancata registrazione "entro il termine di legge" (specificazione temporale che non è invece presente nell'art. 1, comma 346, I. n. 311/2004) derivassero conseguenze invalidanti per effetto delle quali sorgeva un diverso rapporto locativo, legalmente determinato quanto a durata e misura del canone. Sebbene la pronuncia della Consulta non abbia sottoposto la disposizione allo scrutinio di ragionevolezza, essendo assorbente la declaratoria di illegittimità per eccesso di delega, in motivazione ha definito la disciplina oggetto di censura "sotto numerosi profili rivoluzionaria sul piano del sistema civilistico vigente"; dall'altro, dopo aver ricordato che la legge delega (I. n. 42 del 2009) conteneva la prescrizione di procedere all'esercizio della delega nel "rispetto dei principi sanciti dallo Statuto dei diritti del contribuente", richiamando in particolare l'art. 10 della citata legge n. 212 del 2000, ha rilevato che "tan-

to più la mera inosservanza del termine per la registrazione di un contratto di locazione non può legittimare (come sarebbe nella specie) addirittura una novazione – per *factum principis* – quanto a canone e a durata”. Tale motivazione sembra confortare la tesi dell’ammissibilità della sanzione di nullità del contratto per mancata registrazione, tanto che la norma prevedeva la sostituzione del contratto non registrato con un contratto legalmente predeterminato, e della possibilità di sanatoria con effetto *ex tunc* della nullità per la successiva registrazione, che consente di conservare e dare stabilità alla volontà manifestata dalle parti nel contratto. 27. La specificazione temporale per la registrazione tardiva non è invece presente nell’art. 1, comma 346, I. n. 311/2004 e l’assenza – nella previsione della sanzione civilistica – del riferimento al termine di cui al d.P.R. 131 del 1986, consente di leggere la norma nel senso che se il contratto è registrato (non importa quando) è valido. 28. La tesi della nullità, che in ragione della sua atipicità, risulti sanabile con effetto *ex tunc* è coerente con i principi che sottendono al complessivo impianto normativo in materia dell’obbligo di registrazione del contratto di locazione ed in particolare con la espressa previsione di forme di sanatoria nella normativa succedutasi nel tempo e dell’istituto del ravvedimento operoso, norma che il legislatore ha mantenuto stabile nel tempo potenziandone l’applicazione. Infatti il fine che ha guidato l’introduzione di norme più stringenti come strumenti di contrasto all’evasione – come messo in luce più volte anche dalla difesa erariale nei giudizi di costituzionalità, insieme alla sottolineatura che la materia delle locazioni è tra quelle più esposte all’evasione fiscale, considerata la diffusa prassi delle cosiddette locazioni “in nero” – è quello di indurre il locatore ad effettuare tempestivamente la registrazione del contratto e a non mantenere il rapporto “al nero”, utilizzando anche norme che mettono in contrasto i diversi interessi del locatore e del conduttore. Infatti la previsione della nullità del contratto rende privo il locatore della possibilità di riscuotere il canone derivante da un contratto nullo e consente al conduttore di richiedere indietro quanto versato di più del dovuto. La possibilità di sanatoria con efficacia *ex tunc* in esito alla tardiva registrazione consente di mantenere stabili gli effetti del contratto voluti dalle parti sia nell’interesse del locatore, che potrà trattenere quanto ricevuto in pagamento, che nell’interesse del conduttore, che non rischierà azioni di rilascio e godrà della durata della locazione come prevista nel contratto e, per le locazioni non abitative, non incorrerà negli effetti negativi segnalati da parte della dottrina quali la perdita del diritto all’avviamento il diritto alla prelazione, come pure la libera trasferibilità dell’azienda e del contratto di locazione. Effetti negativi, questi ultimi, che non appaiono superabili o non interamente superabili con il riconoscimento di un’efficacia *ex nunc* del contratto;

posto che – individuato il dies a quo nella data della registrazione – il *dies ad quem* dovrebbe, comunque, risultare quello fissato dalle parti contraenti. Una diversa opzione, secondo cui l’intera durata della locazione dovrebbe computarsi dalla data della registrazione, si collocherebbe, invero, fuori dalla stessa logica della sanatoria del contratto, postulando, in definitiva, un contratto nuovo e diverso da quello voluto dalle parti. Inoltre – ferma la specialità della disciplina prevista per le locazioni ad uso abitativo dall’art. 13 l. n. 431 del 1998 – non appare superfluo rilevare, in funzione di una lettura coerente del sistema, che le modifiche apportate, da ultimo alla norma cit. dall’art. 1, comma 59 L. n. 208 del 2015, (segnatamente, laddove prevedono che nel caso «in cui il locatore non abbia provveduto alla prescritta registrazione del contratto nel termine di cui al comma 1 ...» dello stesso articolo – termine che è di trenta giorni dalla stipulazione del contratto – il conduttore abbia facoltà di agire in giudizio per ottenere che “la locazione venga ricondotta a condizioni conformi a quanto previsto dal comma 1 dell’articolo 2 ovvero dal comma 3 dell’articolo 2” stessa legge e stabiliscono che “nel giudizio che accerta l’esistenza del contratto di locazione il giudice determina il canone dovuto...”) convalidano la tesi – per quanto qui ci occupa – che l’emersione del contratto ai fini fiscali, per effetto della sua tardiva registrazione, comporti il riconoscimento della sua (giuridica) esistenza. 29. La sanatoria della nullità con effetti *ex tunc* si inserisce coerentemente nel complesso delle norme tributarie che, in particolare a partire dal 1998, hanno superato il principio tradizionale della non interferenza della norma tributaria con gli effetti civilistici del contratto, introducendo e potenziando gli istituti del ravvedimento e prevedendo espressamente la sanzione più radicale per il mancato rispetto dell’obbligo di registrazione del contratto. Tale interpretazione non si pone in contrasto con la sentenza delle S.O del 2015 che, se pure provvedendo su una ipotesi diversa, ha comunque affermato che “Se la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell’obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell’obbligo”.

30. La decisione della Corte di appello deve pertanto essere confermata, anche se la motivazione deve essere corretta nel senso che nella fattispecie in oggetto si rinviene una ipotesi di nullità del contratto di locazione, che in ragione della sua atipicità, quale emergente dalle argomentazioni che precedono, risulta sanata con effetti *ex tunc* dalla tardiva registrazione del contratto. Non ricorre una ipotesi di inammissibile *mutatio libelli* in quanto la domanda introduttiva è rimasta invariata sia della *causa petendi* che nel *petitum*. 31. Il terzo motivo è inammissibile in quanto la censura è generica limitandosi a riportare la giurisprudenza consolidata di questa Corte in relazione ai gravi motivi

che legittimano il recesso anticipato del conduttore, senza neanche indicare i motivi giustificativi del recesso e senza indicare l'errore di violazione di legge, solo esposto nell'intestazione della rubrica del motivo, in cui sarebbe incorsa la Corte di merito. Il ricorso deve essere rigettato e le spese del giudizio si compensano in considerazione della novità della questione trattata. L'art. 13, comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002 – inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012 – trova applicazione nonostante la disposta compensazione, da parte del giudice della impugnazione, delle spese di lite tra le parti (*ex plurimis*, Cass. ord. 28 maggio 2014, n. 12034).

(*omissis*)

***Nota a sentenza

sommario

1. La questione. – 2. L'immediato precedente giurisprudenziale: Cassazione, sentenza 13 dicembre 2016, n. 25503. – 3. Le "aperture" alla possibilità di sanare il contratto non registrato. – 4. La giurisprudenza minoritaria sulla validità del contratto non registrato. – 5. La portata (parzialmente) innovativa della pronuncia in esame. – Conclusioni.

1. La questione

La Corte di Cassazione è stata nuovamente chiamata ad esprimersi in merito alla peculiare normativa disciplinante la registrazione del contratto di locazione, ovvero su quali siano le conseguenze, in termini di invalidità, che affliggano un contratto di locazione non utilmente registrato.

Ebbene, corre l'obbligo di premettere – per quanto sia già noto – che il legislatore, con la l. n. 311/2004, ha ricondotto al mancato adempimento di un obbligo di natura fiscale, come quello di registrazione del contratto di locazione, notevoli conseguenze sul piano civilistico, dal momento che ne deriva la nullità del contratto.

Tale impostazione, tradizionalmente, si è posta in con l'opinione dottrinale, per lungo tempo dominante e quasi mai contraddetta dal legislatore, secondo cui l'inadempimento di un obbligo tributario genera una mera irregolarità, dunque è insuscettibile di determinare effetti invalidanti sul negozio giuridico¹. La tesi è stata recepita dalla giurisprudenza² e perfino dal legislatore: l'art. 10, comma 3°, l. 27 luglio 2000, n. 212, "Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente", enuncia il principio per cui «le violazioni

di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto». Tuttavia, al fine di provare l'illegittimità della scelta legislativa compiuta nel 2004, non risulta utile invocare lo "Statuto", in quanto, pur essendo molto significativo sul piano simbolico, non è dotato della capacità di limitare la potestà legislativa futura perché legge di rango ordinario.

I giudici costituzionali, chiamati a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 346°, l. 311/2004, hanno affermato che la disposizione ha elevato «la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c.»³. Il principio di separazione delle sfere di influenza del diritto tributario e civile continua a trovare applicazione nel caso di omesso pagamento dell'imposta di registro concernente un contratto registrato: quest'omissione non comporta alcun effetto giuridico sulla validità del contratto.

Nonostante, è chiaro, la registrazione sia una formalità prescritta dalla legge per scopi estranei agli interessi delle parti, che può essere adempiuta solamente in un momento successivo al perfezionamento dell'accordo, non deve tuttavia sorprendere l'emanazione di disposizioni che sanciscono la nullità per inosservanza di un onere estraneo agli interessi dedotti nel contratto, soprattutto all'interno di una normativa nella quale per lungo tempo le prescrizioni di invalidità hanno svolto il ruolo di protezione del contraente debole. La *ratio legis*, in questo frangente, è stata, infatti, quella di contrastare l'evasione fiscale, attuata sottraendo alla base imponibile il reddito derivante dalla locazione, scoraggiando la mancata registrazione dei contratti di locazione. È chiaro, a monte, che le diverse ricostruzioni dei rapporti tra la validità del contratto e la registrazione del medesimo, presuppongono differenti concezioni o, rectius, differenti interpretazioni della norma innanzi menzionata.

Una certa dottrina, in primo luogo, ha ritenuto che la disposizione individui un ulteriore elemento costitutivo del contratto di locazione, rendendolo a formazione progressiva⁴; altri, invece, hanno sostenuto che l'efficacia dell'accordo è da considerarsi sospensivamente condizionata all'adempimento fiscale, cosicché il contratto dispiegherebbe effetti sin dalla data della stipulazione una volta adempiuta la formalità richiesta⁵. Quest'ultima soluzione, pur contrastando con il dato testuale della norma, è stata accolta dalla giurisprudenza di merito⁶, ed è quella recepita dalla Corte

³ Corte Cost., ord., 5 dicembre 2007, n. 420.

⁴ SCRIPPELLITI, *Ganasce fiscali sulle locazioni non registrate: prime considerazioni di una nuova ipotesi di nullità*, in *Arch. locaz.*, 2005, p. 111.

⁵ VIGNA, *Finanziaria, le disposizioni dei commi da 341 a 344 e 346 del suo articolo unico*, in *Arch. locaz.*, 2005, p. 395.

⁶ Trib. Modena, 12 luglio 2006, in *Giust. civ.*, 2007, II, 484, con

¹ CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 487; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, II, Torino, 2006, p. 1441.

² *Ex multis* Cass., 22 luglio 2004, n. 13621, in *Giur. It.*, 2005, p.112.

d'Appello di Bologna chiamata a pronunciarsi sulla vicenda che si sta commentando.

In dottrina è stata avanzata un'ulteriore proposta, al fine di circoscrivere il significato della comminatoria di nullità del contratto di locazione non registrato: applicare il criterio interpretativo sistematico, dunque porre in rilievo il contesto nell'ambito del quale la disposizione è collocata (CUFFARO, *La prescrizione di nullità del contratto di locazione non registrato: una norma dimenticata?*, in *Corr. mer.*, 2006, 153). L'art. 1, co. 342°, l. 311/2004, infatti, prevede che «in caso di omessa registrazione del contratto di locazione di immobili, si presume, salva documentata prova contraria, l'esistenza del rapporto di locazione anche per i quattro periodi di imposta antecedenti quelli nel corso del quale è stato accertato il rapporto stesso». L'autore ritiene che la disposizione di cui all'art. 1, co. 5, 346°, l. 311/2004, debba essere intesa come complementare alla norma citata. Avrebbe la funzione di negare efficacia al contratto non registrato, qualora venisse prodotto dal locatore al fine di vincere la presunzione relativa di cui sopra; solamente nei confronti del Fisco, quindi, il contratto di locazione non registrato dovrebbe essere considerato privo di ogni effetto in quanto nullo. Quest'interpretazione concorda con l'idea per cui la *ratio* della normativa sia quella di contrastare l'evasione fiscale, ma circoscrive gli effetti della mancata registrazione dei contratti di locazione ai soli rapporti fra Fisco e contribuente, il quale potrebbe essere chiamato a versare contributi in relazione ad un reddito effettivamente non percepito, come sanzione alla violazione dell'obbligo di registrazione.

In presenza di un contratto di locazione non registrato, ci si trova di fronte ad una relazione *inter partes* pienamente voluta, formalizzata per iscritto, eventualmente eseguita per un lungo periodo di tempo: si potrebbe affermare che il contratto di locazione abbia goduto di piena validità nell'ordinamento giuridico dei privati, ma non in quello statale⁷

Dunque, se appare ragionevole che l'accordo non possa essere utilizzato al fine di vincere la presunzione di cui all'art. 1, co. 342°, l. 311/2004, risulta difficile comprendere come non possa dispiegare alcun effetto fra le parti stipulanti.

2. L'immediato precedente giurisprudenziale:

Cassazione, sentenza 13 dicembre 2016, n. 25503

Pochi mesi or sono, la Suprema Corte ha già avuto modo di esprimersi sulla questione dei rapporti tra l'adempimento fiscale della registrazione e la validità del contratto di locazione, con una pronuncia dalle statuizioni sensibilmente differenti rispetto a quella in esame.

nota di DI MARZIO, *La nullità del contratto di locazione per omessa registrazione*.

⁷ RIZZUTI, *Contratto di locazione e rapporti di fatto*, in *Giur. It.*, 2016, VI, p. 1356.

In estrema sintesi, in primo grado il locatore di un immobile ad uso non abitativo richiedeva, in seguito all'inadempimento della controparte, la risoluzione del contratto stipulato, ma non registrato, ed il risarcimento del danno da illegittima occupazione. Il Tribunale accoglieva la domanda e la decisione veniva poi confermata dalla Corte d'Appello di Bologna (sentenza n. 1778/2013 del 17.01.2013), la quale osservava che il contratto era da considerarsi inefficace perché privo di registrazione: l'adempimento fiscale veniva considerato alla stregua di una *condicio iuris* di efficacia del contratto. Di conseguenza l'occupante non poteva esimersi dall'obbligo di pagamento del canone pattuito «come corrispettivo della detenzione intrinsecamente irripetibile».

La parte soccombente proponeva ricorso per cassazione, deducendo la nullità del contratto di locazione non registrato ai sensi dell'art. 1, co. 346°, della l. 30 dicembre 2004 n. 311.

La Suprema Corte di Cassazione, muovendo dal dato letterale della norma, ha stabilito che i contratti di locazione, qualora non siano registrati, sono irrimediabilmente affetti da nullità («I contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati»).

Ad avviso dei giudici di legittimità, inoltre, sarebbe altresì errato ritenere applicabile la disposizione di cui all'art. 1458 c.c. alla fattispecie contrattuale nulla: l'estensione della disciplina della risoluzione del contratto porterebbe a configurare il diritto, in capo al locatore, di ritenere quanto percepito a titolo di canone di locazione. Poiché i pagamenti effettuati dal conduttore in forza di un contratto nullo costituiscono un indebito oggettivo *ex art.* 2033 c.c., quest'ultimo avrà diritto di ripetere ciò che ha versato. Il locatore, invece, potrà ottenere l'indennizzo per il mancato godimento del bene immobile occupato senza giusta causa, solamente provando il danno patito o l'ingiustificato arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c. In aggiunta non può ritenersi corretto quantificare l'indennizzo per la mancata disponibilità dell'immobile in valore pari al canone originariamente stabilito dalle parti nell'accordo non registrato; tale equiparazione, utilizzata nei primi due gradi di giudizio, ha subito la censura da parte dei giudici di legittimità. L'art. 2041 c.c., tuttavia, prevede che l'indennizzo debba essere correlato all'arricchimento ottenuto dalla controparte, che nella fattispecie in esame potrebbe essere quantificato nella somma costituita dai singoli importi dei canoni di locazione non pagati, ovvero ripetuti.

Parte della dottrina, contrariamente a quanto affermato in sentenza, ritiene che il locatore non possa utilmente esperire l'azione generale di arricchimento, siccome la domanda risulterebbe priva di meritevolezza, in ragione della nullità per contrarietà a norme di

ordine pubblico del rapporto negoziale sottostante. Ne consegue che il conduttore possa legittimamente svincolarsi dall'obbligazione di pagamento e ciò parrebbe giustificato dall'intenzione del legislatore di punire il locatore colpevole di evasione fiscale.

La giurisprudenza di merito ha risolto in maniera differente una vicenda analoga a quella in commento⁸. I giudici hanno ritenuto il contratto nullo come valido titolo ai fini del possesso in buona fede dell'immobile e i canoni versati sono stati considerati irripetibili, in quanto pagati in adempimento di un'obbligazione naturale. Tale ricostruzione è configurabile come un recupero del negozio giuridico nullo, che permette ad esso di produrre limitati effetti giuridici, ciononostante non è possibile considerarla alla stregua di una vera e propria sanatoria, in quanto il contratto nullo resta inidoneo a disciplinare il rapporto per il futuro. L'obbligo di pagamento dei canoni fino alla riconsegna dell'immobile, mancando un valido contratto di locazione, non può essere desunto dall'art. 1591 c.c., che forfetta il risarcimento del danno da ritardata restituzione dell'immobile locato rinviando al canone pattuito.

La peculiarità della fattispecie normativa in esame impone all'interprete di domandarsi quali possano essere le conseguenze da ricondurre ad un eventuale adempimento tardivo. L'ammissibilità della sanatoria parrebbe compatibile con l'interesse dell'erario, in quanto fungerebbe da incentivo alla regolarizzazione successiva. Alcune pronunce di merito hanno ritenuto legittimo configurare la sanatoria del contratto in seguito a registrazione tardiva⁹.

È doveroso segnalare che la Corte di Cassazione ha sancito l'impossibilità di accogliere forme di sanatoria della nullità del patto volto a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato *ex art. 13, co. 1°*, l. 431/1998¹⁰. L'adempimento tardivo dell'onere di registrazione dell'atto contro-dichiarativo non è considerato idoneo a spiegare influenza sulla validità dell'accordo: viene affermato che la registrazione costituisce un adempimento estraneo al contratto, inidoneo a sanare il vizio. Il patto dissimulato è «insanabilmente affetto da nullità per contrarietà a norme imperative». Ad avviso della Corte «se la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo», mentre così non è ove sia sanzionato «l'atto negoziale avente funzione contro-dichiarativa [...] insanabilmente affetto da nullità per contrarietà a norma imperativa». Ragionando in questi termini i giudici di legittimità hanno

in parte eluso il problema: hanno affermato che l'invalidità è da ricollegare alla clausola contrattuale contraria a norme imperative, indicante un canone diverso e maggiore, evitando di associare la nullità al difetto di registrazione. Tralasciando le critiche che posso essere avanzate nei confronti di questa soluzione poco convincente, è evidente che la decisione citata non può costituire un valido precedente al fine di precludere la sanatoria del contratto di locazione non registrato, dunque nullo *in toto*. La fattispecie presa in esame è quella in cui ad un contratto rispettoso del requisito della forma scritta e per il quale sia stato adempiuto l'obbligo di registrazione, si accompagni una contro-dichiarazione che preveda un canone di locazione maggiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, la quale è destinata a rimanere priva di efficacia in quanto contraria a norma imperativa, quand'anche venisse registrata. La nullità di cui all'art. 1, co. 346°, l. 311/2004, invece, non può che essere ricondotta alla mancata registrazione dell'intero contratto; di conseguenza torna alla mente il passo della decisione sopra citata in cui i giudici aprono alla possibilità di sanatoria ove la nullità derivi dalla violazione di un obbligo tributario.

Benché questi ed altri precedenti vengono in genere menzionati come casi in cui la giurisprudenza abbia negato qualsiasi rilevanza alla registrazione tardiva, in realtà una più approfondita analisi potrebbe condurre a conclusioni differenti, assimilabili a quelle condivise dalla sezione terza della Suprema Corte con la pronuncia n. 10498/2017, oggetto precipuo del presente commento.

3. Le "aperture" alla possibilità di sanare il contratto non registrato

Il legislatore ha, recentemente, previsto un meccanismo di "conversione" del contratto di locazione d'immobili ad uso abitativo non registrato, riformulando l'art. 13, co. 6°, l. 431/1998, così come disposto dall'art. 1, co. 59°, l. 28 dicembre 2015, n. 208. Vengono previsti effetti di indubbio favore nei confronti del conduttore che denunci il contratto non registrato e chieda al giudice, con apposita domanda giudiziale, di accertare l'esistenza del contratto di locazione e di determinare il canone dovuto, che non potrà eccedere il valore minimo definito ai sensi dell'art. 2 ovvero dell'art. 5, 2° e 3° co. l. 431/1998. Inoltre l'autorità giudiziaria ordinerà al locatore la restituzione delle somme percepite in misura superiore al canone determinato giudizialmente.

Il procedimento così delineato non può che scalfire la tesi dell'assoluta insanabilità del contratto, essendo lo stesso legislatore a prevedere una forma di recupero dell'atto nullo in cui il giudice è chiamato ad «accertare l'esistenza del contratto di locazione», pur avendola limitata ai contratti riguardanti la locazione di immobili ad uso abitativo.

⁸ Trib. Roma, sez. VI, 21 dicembre 2015, in *Giur. It.*, 2016, VI, p. 1356.

⁹ Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, in *Not.*, 2010, p. 170.

¹⁰ Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18213.

Con la medesima legge di riforma è stato specificato che l'obbligo di registrazione grava sul locatore, il quale deve adempiere nel termine perentorio di trenta giorni dalla stipula del contratto (art. 13, co. 1°, l. 431/1998, così come modificato dalla l. 208/2015). Gli obblighi principali del locatore previsti dall'art. 1575 c.c., pertanto, risultano integrati dall'adempimento citato e dal dovere di comunicazione dell'avvenuta registrazione al conduttore e all'amministratore del condominio, qualora ci sia.

Alla luce dell'attuale art. 13, co. 6°, l. 431/1998, la possibilità di ricondurre effetti sananti alla registrazione tardiva posta in essere dal locatore è da escludere, qualora venga effettuata successivamente alla proposizione dell'azione giudiziaria da parte del conduttore, tuttavia, il quesito rimane aperto ove tale azione non sia stata proposta e, in ogni caso, qualora la locazione riguardi immobili destinati ad uso diverso da quello abitativo.

La legittimazione a richiedere la registrazione non dovrebbe essere neppure negata al conduttore, in caso d'inerzia della parte locatrice, in modo tale da permettere al locatario di regolarizzare la propria posizione senza obbligarlo a ricorrere all'autorità giudiziaria, ovviamente perdendo i vantaggi economici previsti in caso di accertamento giudiziale. Questa tesi muove dalla considerazione che le molteplici riforme della disciplina locatizia non hanno modificato la normativa regolante l'imposta di registro (d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, in particolare art. 57), secondo la quale l'obbligo di pagamento dell'imposta grava su entrambe le parti ed esse sono considerate solidalmente responsabili.

Non può essere d'ostacolo la disposizione di cui all'art. 1423 c.c., la quale è stata erroneamente interpretata come portatrice di un dogma assoluto di insanabilità del contratto nullo; occorre tenere adeguatamente in considerazione la riserva eccettuativa finale («se la legge non dispone diversamente»), che implica la non assolutezza del divieto, il quale potrà essere superato qualora la *ratio legis* della disposizione recante la sanzione della nullità lo legittimi.

Nei lavori preparatori al codice civile si può leggere che il divieto in questione è uno dei tratti più sicuri della nullità, tuttavia i testi si riferiscono alla nullità tradizionale, così come delineata dal legislatore del '42, non tenendo conto delle nuove forme di nullità caratterizzate da paradigmi diversi. Il tradizionale dogma dell'insanabilità del contratto nullo deve considerarsi in parte superato, alla luce dell'ampia trasformazione che ha subito il sistema delle invalidità negli ultimi anni¹¹.

La questione della sanabilità sembrava essere stata risolta alcuni anni orsono, in quanto il legislatore,

con l'art. 3, co. 8°, d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, aveva espressamente disciplinato gli effetti della registrazione tardiva, prevedendo una ricostruzione del contenuto contrattuale *ex lege*, configurante una sorta di "pena privata" per il locatore ed economicamente vantaggiosa per il conduttore che vi avesse provveduto. Tuttavia, a tre anni dall'entrata in vigore, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della disciplina per eccesso di delega, dunque senza sottoporre la norma allo scrutinio di ragionevolezza¹².

Anche l'art. 1, co. 346°, l. 311/2004, è stato più volte sottoposto al vaglio del giudice delle leggi, ma la prima decisione sul punto ha respinto il sospetto di incostituzionalità ritenendo manifestamente infondata la questione formulata per la violazione dell'art. 24 Cost.¹³. Successivamente è stata riproposta la questione di illegittimità costituzionale con riferimento a diversi parametri costituzionali (artt. 3, 24 e 41 Cost.), ma ne è stata dichiarata la manifesta inammissibilità¹⁴.

La disciplina in esame va coordinata con quella dell'imposta di registro (d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131), in particolare con l'art. 3, che prevede la possibilità di registrare i contratti verbali di locazione o di affitto di beni immobili, e l'art. 38, il quale dispone che «la nullità o l'annullabilità dell'atto non dispensa dall'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta». A parere dello scrivente, non pare possibile ravvisare alcun interesse delle parti alla registrazione di un contratto di locazione verbale e quindi nullo per difetto di forma scritta ai sensi dell'art. 1, co. 4°, l. 431/1998. In passato poteva risultare utile nel caso in cui il conduttore fosse stato in grado di dimostrare che la forma verbale venne imposta dal locatore, in quanto il contratto era recuperabile *ex art.* 13, co. 5°, l. 431/1998, ma il rimedio è stato successivamente abrogato dalla l. 208/2015.

Pertanto, se fino ad oggi è stato ritenuto consolidato l'orientamento secondo il quale il difetto di registrazione comporta la nullità del contratto di locazione, restava aperta la questione dell'efficacia sanante dell'eventuale registrazione tardiva, che – è opportuno chiarirlo sin d'ora – solamente una regolamentazione maggiormente coerente potrà risolvere.

4. La giurisprudenza minoritaria sulla validità del contratto non registrato

Nonostante quanto appena asserito, occorre comunque dare conto dell'esistenza di una certa corrente giurisprudenziale, secondo la quale, avuto riguardo ai principi sanciti dalla Corte Costituzionale in materia (cfr., per tutti, Corte Cost., sent. n. 333/2001), la normativa di riferimento – in particolare, l'articolo 1, co. 346 della legge n. 311/2004 (legge finanziaria per il

¹² Corte Cost., 14 marzo 2014, n. 50.

¹³ Corte Cost., ord., 5 dicembre 2007, n. 420.

¹⁴ Corte Cost., ord., 25 novembre 2008, n. 389; Corte Cost., ord., 9 aprile 2009, n. 110.

¹¹ PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

2005) – doveva essere interpretata nel senso di ritenere che la registrazione dei contratti di locazione costituisca non già un elemento la cui omissione comporti la nullità dell'accordo, quanto piuttosto una *condicio iuris* di efficacia del medesimo contratto. Ciò con la conseguenza per cui l'adempimento dell'obbligo di registrazione, anche quando tardivamente eseguito, rende il contratto efficace *ex tunc* legittimando il locatore ad agire per il suo adempimento, ovvero per la sua risoluzione, in caso di mancato pagamento dei canoni da parte del conduttore¹⁵.

Tale interpretazione appariva, invero, l'unica possibile avuto riguardo, oltre che al già richiamato orientamento della Corte Costituzionale, anche al tenore letterale del citato articolo 1, co. 346 della legge n. 311/2004, nonché ai principi generali dell'ordinamento tributario. Sotto il primo profilo si evidenzia come il testo della disposizione testé citata contempli la sanzione della nullità con riferimento all'ipotesi dell'omessa registrazione del contratto di locazione, ma taccia invece con riguardo al caso di sua registrazione tardiva; pertanto, essendo la possibilità di procedere alla registrazione tardiva del contratto di locazione, sia pure a condizioni più onerose, espressamente prevista e disciplinata dalla normativa di riferimento, non può che concludersi che tale tardiva registrazione abbia effetto sanante *ex tunc*. Sotto il secondo profilo, è opportuno richiamare come, ai sensi dell'articolo 10 della legge n. 212/2000, recante «Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente», sia espressamente previsto che «[l]e violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto» (sottolineatura aggiunta). Ed in tale ultimo senso, del resto, si è più volte espressa anche la Corte di Cassazione¹⁶.

5. La portata (parzialmente) innovativa della pronuncia in esame. Conclusioni

Con la pronuncia in esame, dunque, gli Ermellini di discostano solo in apparenza dagli orientamenti precedenti, in quanto – come riferito – sia in dottrina sia in giurisprudenza è possibile trovare numerose tracce di “scontento” verso la tesi tradizionale dell'invalidità, per giunta insanabile, del contratto di locazione privo del requisito della registrazione.

Nello specifico, la Terza Sezione civile chiarisce che, nella materia sopra richiamata, la mancata registrazione del contratto (a sensi dell'art. 346 della l. 311 del 2004) fa discendere la nullità del sinallagma del contratto. Ciò comporterebbe la definitiva perdita dei voluti effetti contrattuali, dell'attività economico-finanziaria posta in essere dall'operatore, se non potesse

essere sanata *ex tunc* con la tardiva registrazione dello stesso.

In tale caso, giova ritenere che il contratto, posto in essere dalle parti, non sarebbe idoneo alla produzione degli effetti in quanto in difetto di uno dei suoi elementi fondamentali. Questo perché l'inesatto adempimento di un obbligo fiscale (la registrazione del contratto), avrebbe conseguenze di natura civilistica operanti sulla validità dello stesso.

Bisogna, quindi, nuovamente considerare che tale forma contrattuale è da considerarsi atipica e regolata difatti anche con apposite leggi (innanzi più volte richiamate) che ne determinano i contenuti e gli effetti giuridici. Difatti la citata norma, conferma la regola della nullità se non intervenisse la possibile conservazione del contratto tramite una futura registrazione dello stesso. Pertanto, la tardiva registrazione risulterà operante per gli effetti voluti dalle parti in sede di autonomia contrattuale, *ex art. 1322 c.c.*

¹⁵ Cfr., Trib. Trento, 08 aprile 2015; Trib. Salerno, 01 aprile 2015; Trib. Roma, 23 maggio 2014; Trib. Palermo, 31 gennaio 2014; Trib. Napoli, 16 ottobre 2013; Trib. Lecce, 10 luglio 2012.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., 22 luglio 2004, n. 13621; Cass. civ., 27 ottobre 2003, n. 16089.

Maryna Vahabava

Avvocato, Cultore delle cattedre di Diritto privato comparato ed Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli studi di Teramo

Institutio ex re certa e l'alienazione totale o parziale dei beni che ne formano oggetto prima della morte del *de cuius*.

Nota a Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2017, n. 6972

abstract

The article examines the decision of the Court of Cassation of 17/03/2017, no. 6972, which resolved the jurisprudential and doctrinal controversy with regard to the fate of the assets of the institution formerly certain by the testator who, before his death, alienated all or part of the same goods. In particular, in accordance with the general principle of the liberty of testamentary dispositions, the testator may well dispose of assets attributed to certain persons before the death of a testament, and as a result that the said property, once withdrawn from his or her estate, previously. This is due to the fact that, in the case of legacies through the former institution, the provisions of Article 686 of the civil code for legacies are not applicable.

keywords

Institute ex re certa – Alienation goods inserted in the testament – Testamentary succession – Testamentary liberty – Heir instituted under article 588 of the civil code.

abstract

L'articolo esamina la decisione della Corte di Cassazione del 17/03/2017, n. 6972, con la quale è stato risolto il contrasto giurisprudenziale e dottrinario in ordine alle sorti dei beni oggetto dell'*institutio ex re certa* da parte del testatore che, prima del decesso, alieni in tutto o in parte medesimi beni. In particolare, in ossequio al principio generale della libertà delle disposizioni testamentarie, il testatore ben può disporre dei beni attribuiti a determinati soggetti per testamento prima del decesso, con conseguenza che detti bene, una volta usciti dal proprio patrimonio, fanno venir meno le attribuzioni fatte in precedenza. Ciò in virtù del fatto che, in caso di lasciti mediante l'*institutio ex re certa*, non trovano applicazione le norme prescritte dall'articolo 686 del codice civile previste per i legati.

parole chiave

Institutio ex re certa – Alienazione beni inseriti nel te-

stamento – Successione testamentaria – Libertà testamentaria – Erede istituito ex articolo 588 del codice civile.

Testamento – Successione – Alienazione beni inseriti nel testamento

In tema di successione testamentaria, l'*institutio ex re certa* ha ad oggetto un bene determinato e solo di riflesso la quota, sicché l'alienazione successiva del bene attribuito implica la revoca della istituzione di erede o l'attribuzione di una quota maggiore rispetto a quella assegnata a favore di altro coerede, senza che possa trovare applicazione l'articolo 686 del codice civile in materia di legato in quanto l'articolo 588, comma 2, codice civile consente di determinare la quota spettante all'erede sulla base del valore dei beni assegnati ed in rapporto al valore del restante patrimonio eventualmente assegnato ad altri coeredi.

Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2017. n. 6972,

Pres. Manna, Rel. Criscuolo

(omissis)

Svolgimento del processo

C.F. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Trieste il fratello C.S. onde procedere allo scioglimento della comunione ereditaria costituitasi a seguito del decesso della genitrice G.C., chiedendo altresì la condanna del germano alla resa dei conti relativa ai beni comuni caduti in successione.

Il convenuto nel costituirsi in giudizio contestava la pretesa attorea assumendo che la successione era in realtà regolata dal testamento pubblico della *de cuius*.

All'esito dell'istruttoria il Tribunale con la sentenza del 23/10/2012 ripartiva i beni caduti in successione nonché quelli oggetto di collazione, come da progetto di divisione redatto dal CTU, ponendo a carico di C.F. un conguaglio di Euro 640,00 per perequare la differenza di valore tra le due quote.

Proposto appello principale da parte di C.S. cd incidentale da parte di C.F., la Corte d'Appello di Trie-

ste, con la sentenza n. 643 del 23/10/2015 rigettava l'appello principale, ed, in accoglimento dell'appello incidentale, condannava l'appellante principale al pagamento della somma di Euro 35.853,79" disponendo infine la correzione dell'errore materiale contenuto nel dispositivo della sentenza di primo grado, quanto all'individuazione dei beni da dividere.

Quanto alla deduzione secondo cui l'immobile, che nel testamento del 12 novembre 1999 era stato attribuito interamente al solo convenuto, non faceva parte dell'asse relitto, poiché oggetto di successiva donazione, sempre in favore di S. in data (*omissis*), rilevava che proprio in ragione della donazione, e della sua fuoriuscita dal patrimonio ereditario, doveva escludersi che l'attribuzione contenuta nel testamento potesse valere come assegnazione in favore di S. della qualità di erede universale.

Ancora disattendeva le critiche dell'appellante circa la stima dei beni, e relativamente alla tesi secondo cui, sempre per effetto del testamento, l'appellante sarebbe in realtà titolare di una quota maggiore di quella del fratello, poiché la madre lo aveva inteso beneficiare anche della disponibile, rilevava che dal testamento in realtà emergeva che la testatrice aveva istituito eredi entrambi i figli, senza lasciare la quota disponibile solo a S., il quale non era stato nemmeno dispensato dalla collazione dell'immobile donato.

Infine, ed in accoglimento dell'appello incidentale, riteneva che si doveva aggiornare il calcolo dei frutti dovuti da parte del convenuto per il periodo successivo al deposito della CTU in primo grado, e ciò sulla base della stima dei canoni così come compiuta dall'ausiliare d'ufficio.

C.S. ha proposto ricorso avverso tale sentenza sulla base di tre motivi.

C.F. ha resistito con controricorso.

Motivi della decisione

Preliminarmente deve rilevarsi che non può avere seguito la doglianza del ricorrente in merito alla mancata comunicazione della relazione del proponente, atteso che il presente procedimento risulta sottoposto alla novellata previsione di cui all'art. 380 *bis* c.p.c., che innovando rispetto alla norma previgente, ha escluso che la fissazione dell'udienza camerale debba essere accompagnata dalla comunicazione della relazione del consigliere relatore.

Con il primo motivo si deduce la violazione dell'art. 112 c.p.c., in quanto la sentenza gravata non avrebbe pronunciato sul motivo di appello con il quale il ricorrente intendeva far accertare che l'attribuzione dell'immobile, poi successivamente donatogli dalla madre, costituiva una *institutio ex certa re*, anziché un legato, come invece opinato dal Tribunale.

Si sostiene che tale accertamento era essenziale in quanto, una volta appurata l'effettiva natura dell'assegnazione, la divisione dei beni sarebbe dovuta avvenire

non più sulla base di quote eguali, ma in considerazione della maggiore entità della quota assegnata al ricorrente, giusta l'attribuzione dell'immobile de quo.

Ad avviso del Collegio il motivo è infondato, dovendosi escludere alla luce del tenore della sentenza impugnata, che la stessa abbia ommesso di pronunciare sulla doglianza del ricorrente.

Ed, invero i giudici di appello, a pag. 7, hanno ritenuto che l'intervenuta donazione del bene, in epoca successiva alla redazione del testamento, potesse lo stesso al di fuori del *relictum*, e che conseguentemente divenisse irrilevante accertare se l'attribuzione contenuta nel testamento dovesse essere intesa quale assegnazione di un legato ovvero come istituzione di erede *ex certa re*, dovendo prevalere la circostanza sopravvenuta della donazione del bene.

Appare evidente nel ragionamento della Corte, come poi successivamente chiarito anche dalla risposta fornita al secondo motivo dell'appello principale in tema di individuazione delle quote ereditarie spettanti ai due fratelli C., che la successiva disposizione del bene in favore di S. abbia implicato una volontà di revoca, quanto meno implicita, della attribuzione a questi *ex testamento* di una quota di entità maggiore rispetto a quella spettante al fratello.

Ritiene il Collegio che la tesi fatta propria dai giudici di merito sia da condividere, trovando anche il conforto di autorevole dottrina, la quale sottolineando come l'oggetto primario della disposizione di cui dell'art. 588 c.c., comma 2, sia il bene determinato, e solo di riflesso la quota, l'alienazione successiva del bene attribuito implichi anche la revoca della istituzione di erede, o come nel caso in esame, l'attribuzione *ex certa re* di una quota maggiore rispetto a quella assegnata, e sempre sulla base delle concrete assegnazioni, a favore di altro erede.

Deve altresì escludersi che nella fattispecie si determini un'applicazione in via analogica della diversa disposizione dettata dall'art. 686 c.c., in tema di legato, sembrando invece alla Corte che proprio il meccanismo che è alla base della fattispecie normativa di cui dell'art. 588 c.c., comma 2, che consente di determinare la quota spettante all'erede sulla base del valore dei beni assegnati, ed in rapporto al valore del restante patrimonio eventualmente assegnato ad altri coeredi (e ciò anche in vista dell'eventuale operatività del principio della *vis expansiva* della *institutio* così come di recente affermato da Cass. n. 12158/2015), impone di ritenere che la successiva alienazione del bene precluda la possibilità di conservare valore alla *institutio*, una volta che la fuoriuscita del bene stravolga del tutto l'assetto tenuto presente dal *de cuius*.

Inoltre, ed anche a tacere delle legittime perplessità manifestate in dottrina circa la compatibilità della figura di cui all'art. 588 c.c., comma 2, con l'ipotesi in cui il testamento sia rivestito della forma pubblica (essendo specifico obbligo del notaio quello di indagare e

tradurre per iscritto la volontà del testatore, in modo che questa risulti chiara ed insuscettibile di diversa interpretazione), la conclusione alla quale è in sostanza pervenuta la Corte distrettuale in tema di effetti derivanti dalla donazione del bene, trova conforto anche in una ricostruzione attendibile della volontà della *de cuius* quale emerge dalla lettura del testamento.

Ed, invero come si ricava dal testo dell'atto di ultima volontà della G., quale riportato a pag. 15 del ricorso, l'assegnazione dell'immobile poi donato al figlio S. risulta accompagnata, oltre che dalla diversa attribuzione in quote eguali ai due figli di tutti i terreni siti in provincia di (*omissis*), anche dalla precisazione che il figlio F. era stato già beneficiario in vita, fra l'altro, con la proprietà dell'appartamento e del garage siti in (*omissis*).

Emerge quindi chiaramente come la diversa distribuzione dei beni rispondeva ad un evidente intento perequativo della testatrice che intendeva, con l'assegnazione dalla casa in (*omissis*), compensare i benefici già conseguiti in precedenza dall'altro figlio.

Ne consegue altresì che una volta anticipato l'effetto perequativo con la donazione in vita proprio del bene che nel testamento doveva assicurarli, ma con efficacia rimandata al momento dell'apertura della successione, viene meno anche la ragione dell'attribuzione *ex certa re* di una maggiore quota ereditaria in favore del ricorrente.

Tornando quindi al primo motivo, deve quindi escludersi che vi sia stata omessa pronuncia sul motivo di gravame concernente la corretta qualificazione dell'attribuzione de qua, avendo la Corte in realtà ritenuto superfluo adottare una statuizione sul punto, in considerazione dell'efficacia dirimente dell'avvenuta donazione del bene, che imponeva quindi di ritenere che i beni relitti, nonché quelli destinati a cadere in collazione andassero distribuiti tra i germani in quote eguali.

Le considerazioni ora esposte danno altresì contezza dell'infondatezza del terzo motivo di ricorso con il quale si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 588, 1362 e 686 c.c., atteso che, anche a voler accedere alla tesi secondo cui il testamento ab origine contemplava una *institutio ex certa re* in favore del ricorrente, condivisibilmente andava assegnata rilevanza alla intervenuta donazione del bene, quale circostanza idonea a privare di efficacia l'attribuzione in favore del ricorrente e la conseguente pretesa di essere riconosciuto titolare di una maggiore quota.

Né appare plausibile l'affermazione di parte ricorrente secondo cui la donazione del bene valga a confermare la volontà contenuta nel testamento, potendosi parlare di conferma solo in maniera del tutto impropria, e cioè quale volontà di anticipare quell'effetto perequativo tra le posizioni dei due figli, cui era strumentale l'attribuzione della casa oggetto di causa, posto che il riconoscimento in favore del convenuto di

una quota successoria di valore superiore a quella del fratello, nonostante il primo avesse già ricevuto in vita il bene che avrebbe assicurato tale risultato, tradirebbe in maniera evidente l'intento palesato nel testamento da parte della *de cuius*.

Infine deve essere ritenuto infondato anche il secondo motivo di ricorso, con il quale si denuncia la mancanza di motivazione sul motivo di appello concernente la corretta individuazione delle quote successorie.

Ed, invero, alla fattispecie trova applicazione, in considerazione della data di pubblicazione della sentenza impugnata, la nuova previsione di cui dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Proprio a seguito della riformulazione dell'art. 360 c.p.c., ed al fine di chiarire la corretta esegesi della novella, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte che con la sentenza del 7 aprile 2014 n. 8053, hanno ribadito che la riformulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, disposta del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione.

Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione, ed è solo in tali ristretti limiti che può essere denunciata la violazione di legge, sotto il profilo della violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4.

Peraltro, emerge che il presente giudizio già pendeva in grado di appello alla data dell'11 settembre 2012, sicché risulta applicabile, in presenza di una cd. doppia conforme, anche la previsione di cui all'art. 348 *ter* c.p.c., u.c., che preclude la deducibilità in cassazione del vizio di cui dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Nella fattispecie, peraltro, atteso il tenore della sentenza impugnata, deve escludersi che ricorra un'ipotesi di anomalia motivazionale riconducibile ad una delle fattispecie che, come sopra esposto, in base alla novella consentono alla Corte di sindacare la motivazione, atteso che l'affermazione circa la necessità di dividere i beni tra i due germani in quote eguali (pag. 9), oltre ad essere argomentata con la mancanza di una specifica disposizione con la quale la *de cuius* avesse inteso attribuire la disponibile al ricorrente, si ricollega evidentemente a quanto in precedenza esposto a pag.

7, circa le conseguenze scaturenti dalla donazione del bene in epoca successiva alla stesura del testamento. Le suesposte argomentazioni, escludono che quindi la censura nella sua concreta formulazione possa essere esaminata dalla Corte, atteso che tramite la medesima si mira surrettiziamente a veicolare sotto il vizio della violazione di legge quella che è in realtà una denuncia di insufficienza motivazionale.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo. Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto – ai sensi della l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto del T.U. di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-*quater* - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

(*omissis*)

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

Con una recentissima pronuncia la Suprema Corte ha chiarito la portata normativa e gli effetti di una *istitutio ex re certa* fatta dal *de cuius* nel testamento pubblico ed in seguito, prima della morte, revocata, avendo il testatore disposto del medesimo bene tramite una donazione. Si tratta dell'ordinanza della VI Sezione della Corte di Cassazione, del 17/03/2017, n. 6972, depositata in pari data¹.

Occorre brevemente ricordare che l'istituto in esame attiene alla materia successoria; in particolare, l'articolo 588 comma 1 del codice civile pone una distinzione tra istituzione di erede e legato su un criterio oggettivo: la prima ha ad oggetto l'universalità o una quota dei beni del testatore, il secondo è quello che non abbia tale oggetto². Il comma 2 di tale disposizione, che qui interessa, precisa però: «l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio»³.

In altre parole, tale disposizione impone all'interprete di non fermarsi alle espressioni letterali utilizzate dal testatore e all'indicazione di beni determinati da

parte di quest'ultimo. Questo vuol dire che si avrà un legato solo se i beni determinati sono stati attribuiti nella loro individualità, mentre se il testatore abbia inteso attribuire beni determinati come quota dell'intero patrimonio, allora si avrà un'istituzione di erede (c.d. *istitutio ex re certa*)⁴.

Con l'introduzione di tale criterio il legislatore del 1942 ha aderito a quella corrente dottrinale secondo cui la quota di eredità non deve essere necessariamente espressa in termini numerici o frazione aritmetica, potendo anche essere calcolata mediante il raffronto tra il valore di determinati beni assegnati all'erede ed il valore complessivo del patrimonio del testatore.

Per verificare se l'attribuzione di beni determinati integri legato o istituzione di erede *ex re certa* occorrerà, secondo costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, condurre un'indagine di carattere sia oggettivo (riferita al contenuto dell'atto) che soggettivo (riferita alle intenzioni del testatore), riservata al giudice del merito e non censurabile in sede di legittimità se congruamente motivata⁵.

La funzione dell'istituto in esame è abbastanza chiara: il ricorso alla norma dell'art. 588 del codice civile può essere voluta proprio nel caso di beni di difficile valutazione rispetto all'intero patrimonio, e che, peraltro, il testatore intenda attribuire esclusivamente e direttamente ad alcuni eredi. In tal caso la *istitutio ex re certa* rappresenta il mezzo tecnico adottato dal testatore per compiere la divisione. Si verifica, infatti, contemporaneamente la vocazione di erede e il c.d. apportionamento divisorio⁶.

Per questa ragione l'articolo 588 non è soltanto norma interpretativa del testamento, ma, secondo una parte della dottrina, anche norma direttamente dispositiva⁷.

La conseguenza diretta di quest'ultima ricostruzione è che la disposizione si traduce in una attribuzione a titolo universale al beneficiario che diviene erede con tutte le necessarie conseguenze in ordine al regime di responsabilità, al possesso, al modo di acquisto e altro⁸.

⁴ F. GERBO, *L'istitutio ex re certa e la volontà del testatore* (nota a Cass., sez. II, 1 marzo 2002 n. 3016), in *Riv. notariato*, 2003, p. 220.

⁵ In tal senso le pronunce: Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2013, n. 24163; Cass. Civ., 468/2010; Cass. civ. n. 13835/2007; Cass. civ. n. 7422/2005; Cass. civ., sez. II, 01 marzo 2002, n. 3016 e Cass. civ., sez. lav., 12 luglio 2001, n. 9467.

⁶ D. ACHILLE, *Istitutio ex re certa: sì alla forza espansiva per i beni non compresi nel testamento*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 23, 2015, p. 71.

⁷ G. PIERLINGIERI, *Heredis institutio ex certa re, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2011, pag. 459; F. GERBO, *L'istitutio ex re certa. Negozio attributivo. Dato istitutivo quale effetto di una valutazione legale tipica. Occasione per una rilettura critica degli artt. 457 e 588 c.c.*, in *Vita not.*, 2004, p. 1780.

⁸ M. CALAPSO, *Alcune riflessioni sull'indagine della volontà del testatore nei casi di "Istitutio ex re certa" (art. 588 secondo comma c.c.)*, in *Vita not.*, 1982, p. 1371.

¹ La Suprema Corte ha ripreso un orientamento espresso nella precedente decisione n. 12158 dell'11 giugno 2015.

² F. GERBO, *L'istitutio ex re certa*, Contributo per una rilettura critica degli articoli 457 e 588 del codice civile in *Quaderni di "studi senesi"*, Milano, 2011.

³ La distinzione tra legato e *istitutio ex re certa* è stata chiarita nella recente pronuncia della Suprema Corte, Cass. civ., sez. II, n. 4312 del 04 marzo 2016, nonché in precedenza con la sentenza n. 12158 del 11 giugno 2015; anche le corti di merito in tal senso: Tribunale Roma sez. IX, 22/01/2003.

La riconosciuta possibilità di istituire un soggetto erede per una quota determinata in base al valore di uno o più beni rispetto all'intero patrimonio, ha suscitato dibattiti in dottrina su alcune questioni tra cui:

- il rapporto tra *institutio ex re certa* e i beni non inclusi nel testamento⁹;
- il rapporto tra *institutio ex re certa* e divisione fatta dal testatore *ex art. 734 c.c.*;
- la sorte dei beni oggetto di *institutio ex re certa* nel caso in cui questi vengano dal testatore alienati dopo la redazione del testamento¹⁰.

La sentenza in commento si occupa di tale ultima questione: nel caso in cui il disponente alieni (a titolo oneroso o gratuito) uno o più beni che in un testamento aveva destinato a un determinato soggetto a titolo di quota ereditaria, vi sono due distinte teorie circa la sorte di tale istituzione di erede *ex re certa*.

Secondo un primo orientamento non potendosi applicare analogicamente l'art. 686 c.c. (in quanto norma dettata specificamente per il legato) l'istituzione di erede rimarrebbe in vita. Di conseguenza, l'erede istituito *ex re certa*, nonostante siano stati alienati in tutto o in parte i beni che gli erano stati assegnati nel testamento, rimarrà erede mentre la sua quota dovrà calcolarsi, al momento dell'apertura della successione, in base al rapporto tra il valore dei beni che gli erano stati assegnati rispetto al valore dell'intero patrimonio del *de cuius* al tempo del testamento¹¹. Secondo questa tesi non si ha revocazione della disposizione e l'*institutio* continuerebbe a avere effetto, al contrario di quanto stabilito in tema di legato *ex* articolo 686 del codice civile. Ciò per il principio di tassatività delle figure di revoca tacita e l'inapplicabilità per analogia dell'articolo 686 del codice civile dettato solo per il legato. Oggetto, difatti, della disposizione non sarebbe il bene indicato in sé, ma la quota risultante dal rapporto tra il lascito e il restante patrimonio¹².

⁹ Per approfondimenti, A. CAPUTO, *Institutio ex re certa e bene altrui (nota a Trib. Napoli, sez. VI, 6 maggio 2002 n. 2586, Di Meglio c. Lombardi)*, in *Dir. e giur.*, 2003, p. 217.

¹⁰ M. PORCARI, *Alienazione del bene oggetto dell'institutio ex re certa (nota a sent. Trib. Milano 14 dicembre 1990, Cappelli c. Salerni)* in *Giur. it.*, 1993, p. 297.

¹¹ Generalmente, infatti, si osserva, che «l'art. 686 c.c. è inapplicabile al caso in cui la quota d'eredità sia stata determinata in singoli beni, così detta *institutio ex re certa*: la loro alienazione o trasformazione, invero, non può comportare revocazione dell'istituzione d'erede, dato che in essa è predominante non già l'attribuzione di beni, ma il riferimento alla quota», BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 271.

¹² Sul punto v., ampiamente, SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 494; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 592; D'AMICO, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 256, ivi ulteriori riferimenti; in giurisprudenza cfr. Trib. Napoli, 28 luglio 1970, in *Rep. Foro it.*, 1971, «voce Successione ereditaria», c. 2954, n. 75; Cass., 26 novembre 1987, n. 8780, in *Rep. Foro it.*, 1987, «voce Successione ereditaria», n. 90; e in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 11; e in *Riv. not.*, 1988, VI, p. 1397.

Secondo un altro orientamento, viceversa, all'ipotesi in questione sarebbe applicabile analogicamente l'art. 686 c.c. dettato per il legato¹³, e ciò perché la quota dell'erede istituito *ex re certa* potrebbe calcolarsi solo a posteriori, al momento dell'apertura della successione¹⁴. Questo vuol dire che se il proprietario del compendio disponesse di un bene precedentemente assegnato nel testamento, alla sua morte detta disposizione dovrebbe considerarsi revocata con conseguenza che al soggetto beneficiario non spetterebbe alcunché a titolo testamentario. Ciò anche perché nel nostro ordinamento il testatore fino alla morte può liberamente revocare o modificare le proprie volontà liberamente. La quota della *institutio* si può determinare, dunque, solo al momento della apertura della successione se i beni attribuiti sono ancora presenti nell'asse. L'alienazione della *res certa*, quindi, porterà a una inefficacia parziale o totale della istituzione¹⁵.

Con la pronuncia n. 6972 del 17 marzo 2017, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare, con riguardo all'*institutio ex re certa* e alla successiva alienazione dei beni che ne formano oggetto, due principi di diritto:

1) l'art. 686 c.c., che prevede la revoca tacita del legato in caso di successiva alienazione del bene che ne forma oggetto, è norma applicabile solamente ai legati, non essendo applicabile analogicamente all'ipotesi

¹³ TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, art. 679-712, Bologna-Roma, 1972 (rist.), p. 172, il quale ammette, per l'*heredis institutio ex re certa*, l'estensione analogica dell'art. 686 c.c. e, al contempo, critica la prospettiva di coloro che individuano, nella fattispecie *ex art. 588, comma 2º, c.c.*, la prevalenza dell'attribuzione della quota sull'attribuzione della cosa determinata.

¹⁴ Per la distinzione tra eccezionalità da concorso atipico di principi ed eccezionalità dà attuazione atipica del principio v., in particolare, P. PERLINGIERI-FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 17. L'eccezionalità, quindi, è questione di interpretazione e dipende non dalla frequenza di impiego di una norma, ma dalla corretta individuazione della singolarità della relazione tra i molteplici principi coinvolti nella fattispecie concreta, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 273 ss.; dunque la qualificazione di una norma, come regolare o eccezionale, non è un giudizio assoluto e sempre valido, ma dinamico e relativo, posto che è una valutazione che va storicizzata alla luce dell'ordinamento giuridico vigente e dei suoi valori: cfr. *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 253 s.; per l'applicazione analogica e l'interpretazione estensiva delle norme in materia di conferma al patto di famiglia nullo cfr. G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 193 ss.

¹⁵ S. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati (1935)*, Napoli-Camerino, 1980, p. 255; cfr. anche GANGI, *I legati*, II, Padova, 1932, p. 402 ss.; ROSSI CARLEO, voce *Revoca degli atti. II) Revoca del testamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 s.; G. PERLINGIERI, *Heredis institutio ex certa re, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2011, p. 459.

in cui, dopo la redazione del testamento, sia alienato un bene precedentemente oggetto di *institutio ex re certa*¹⁶;

2) ciò nonostante, nel caso in cui venga alienato un bene che formava oggetto di *institutio ex re certa*, la disposizione testamentaria in questione deve reputarsi revocata in virtù della stessa natura di tale istituto quando la fuoriuscita del bene dal patrimonio del testatore stravolga del tutto l'assetto tenuto a mente da quest'ultimo per il tempo successivo alla sua morte¹⁷.

Tale decisione sembra porsi in una posizione intermedia rispetto ai due orientamenti espliciti relativi alla fattispecie in questione. Infatti, da una parte la Corte conviene con la prima delle suddette teorie circa la non applicabilità in via analogica dell'art. 686 c.c. alla fattispecie in esame, dall'altra perviene a risultati contrari rispetto a quelli della prima teoria e coincidenti, invece, con quelli della seconda in quanto, a suo giudizio, l'alienazione del bene incluso nella *institutio ex re certa* comporta il venir meno di quest'ultima.

Ciò che viene in rilievo è l'*iter* logico argomentativo della Corte di legittimità. Come si legge chiaramente nella motivazione della pronuncia in commento il venir meno dell'*institutio ex re certa*, in tale ipotesi, sarebbe, infatti, dettato non già dall'applicazione analogica dell'art. 686 c.c., bensì dalla stessa natura dell'istituto, allorché "la fuoriuscita del bene stravolga del tutto l'assetto tenuto presente dal *de cuius*".

In conclusione, il ragionamento seguito dalla Corte è il seguente: se il testatore aveva in mente un certo assetto del proprio patrimonio dopo la sua morte, nel quale la quota da assegnare ad un erede doveva essere determinata rapportando il valore di un bene assegnatogli con l'intero patrimonio, ne consegue che la successiva alienazione di tale bene di regola va a stravolgere irrimediabilmente tale assetto patrimoniale e dunque nessun valore potrebbe attribuirsi a tale disposizione testamentaria al momento della sua morte.

Tuttavia, la frase dapprima riportata in corsivo sembra offrire il destro ad una interpretazione caso per caso, laddove dovesse accertarsi che la fuoriuscita di un bene del compendio oggetto di *institutio* non stravolga irrimediabilmente l'assetto tenuto presente dal testatore (ovviamente a condizione che l'equilibrio patrimoniale tra i legittimari non risulti significativamente alterato). Si consideri, ad esempio, il caso in cui oggetto di *institutio*, sia una collezione di beni mobili e, prima della morte, il disponente alieni alcuni oggetti

della medesima, senza tuttavia incidere significativamente sull'intero valore del lascito.

L'interrogativo che si prospetterebbe all'interprete è, in questa ipotesi, se l'*institutio* debba considerarsi in ogni caso revocata oppure sopravvivere necessitando, tuttavia, di eventuale integrazione economica corrispondente al valore della fuoriuscita per riportare riequilibrare quell'assetto di interessi avuto a mente dal testatore.

¹⁶ Circa il diverso rapporto di significazione intercorrente tra fatto materiale significante e fatto immateriale significato nella manifestazione espressa e in quella tacita v., ampiamente, G. PERLINGIERI, *Atti dispositivi «nulli» e acquisto dell'eredità*, cit., pp. 23 ss., 38 ss.; ID., *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 207 ss.

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti v. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 495.

Pietro Sorrentino
Avvocato

Sulle richieste di risarcimento a seguito di sinistri stradali mortali: presupposti e prova dei danni.

Nota a Trib. Napoli, sez. VIII civ., 20 febbraio 2017, n. 2137

abstract

The Naples Tribunal clarifies the conditions of application of the Guarantee Fund victims of the road and, at the same time, the probative burden of damages resulting from the loss of a joint.

keywords

Sinister mortal road – Compensation – Assumptions – Burden of proof.

abstract

Il Tribunale di Napoli chiarisce le condizioni di proponibilità della domanda nei confronti del Fondo di Garanzia vittime della strada ed, al contempo, l'onere probatorio in tema di danni derivanti dalla perdita di un congiunto.

parole chiave

Sinistro stradale mortale – Risarcimento – Presupposti – Onere della prova.

Sinistro stradale mortale – Fondo di garanzia – Danno non patrimoniale da morte del congiunto – Iure proprio e iure hereditatis – Necessarie allegazioni ed onere della prova

In tema di sinistri stradali mortali e di richiesta di risarcimento al “fondo di garanzia vittime della strada”, al fine della proponibilità della domanda il giudice deve valutare la non identificabilità del veicolo investitore nel contesto delle complessive risultanze istruttorie, indipendentemente dalla presentazione di una denuncia-querela da parte della vittima. In relazione all'an ed al quantum dei danni non patrimoniali subiti a seguito della morte di un congiunto, il giudice, per decidere sulla richiesta formulata iure proprio dai superstiti può procedere anche per presunzioni secondo l' “id quod plearunque accidit”; diversamente, la richiesta formulata iure hereditatis è bisognevole sempre di precisa prova dei danni subiti dal de cuius.

Trib. Napoli, sez. VIII, 20 febbraio 2017, n. 2137,
G. I. Francesco Graziano

(omissis)

Motivi della decisione

1. - Come evidenziato nel verbale di udienza che precede, la presente decisione viene adottata ai sensi dell'art. 281-*sexies* cod. proc. civ. e, dunque, prescindendo dalle indicazioni contenute nell'art. 132 stesso Codice (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22409, la quale, al riguardo, ha avuto modo di chiarire come, essendo l'art. 281-*sexies* cod. proc. civ. norma di accelerazione ai fini della produzione della sentenza, esso consenta al giudice di pronunciare quest'ultima in udienza, al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, senza dover premettere le indicazioni richieste dal comma secondo dell'art. 132 cod. proc. civ. perché esse si ricavano dal verbale dell'udienza di discussione sottoscritto dal giudice stesso, sottolineando altresì come non sia, pertanto, affetta da nullità la sentenza, resa nella forma predetta, che non contenga le indicazioni riguardanti il giudice e le parti, le eventuali conclusioni del Pubblico Ministero e dei difensori delle parti, nonché la concisa esposizione dei fatti e, dunque, dello svolgimento del processo).

1.1. - Sempre in via preliminare, è necessario rilevare la proponibilità della domanda risarcitoria avanzata dall'attore, stante l'ottemperanza al disposto dell'art. 287 del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (cosiddetto “Codice delle Assicurazioni Private”), dimostrata mediante la produzione, in atti, di copia delle raccomandate, ciascuna corredata dal rispettivo avviso di ricevimento, inviate all'impresa designata convenuta in giudizio, nonché alla CONSAP S. p. A. (cfr., in atti, le predette copie delle raccomandate con il relativo avviso di ricevimento, da cui si desume chiaramente come le stesse siano state ricevute in data 9 aprile 2009 e, dunque, più di sessanta giorni prima

della proposizione della domanda giudiziale, avvenuta mediante atto di citazione notificato in data 7 settembre 2011).

1.2. - Da tali elementi di natura documentale ben può desumersi come la convenuta impresa designata fosse stata senz'altro posta in condizioni di istruire la richiesta stragiudiziale di risarcimento dei danni avanzata dagli attori, con la conseguenza che le formalità, anche contenutistiche, contemplate dalle disposizioni normative sopra indicate, devono ritenersi avere certamente raggiunto il loro scopo. Del resto, come chiarito dalla più recente giurisprudenza di merito, "La condizione di proponibilità della domanda prevista dall'art. 145 del d.lg. 7 settembre 2005 n. 209 (cod. ass.) deve ritenersi rispettata, ogni qual volta il danneggiato presenti una richiesta risarcitoria contenente gli elementi essenziali di cui all'art. 148, tali da consentire da parte dell'assicuratore una valutazione della richiesta, secondo un giudizio da svolgersi non "ex ante", bensì "ex post", alla luce del contegno di entrambe le parti da valutare ex fide bona." [cfr., all'uopo, Tribunale di Palermo, sez. dist. di Bagheria (PA), 23 aprile 2012, n. 43, che ha altresì posto in rilievo come "l'incompletezza non sia espressamente prevista dall'art. 145 cod. ass. come causa d'improponibilità della domanda. Difatti, tale disposizione detta in capo al danneggiato un onere di osservanza in ordine a "modalità e contenuti" previsti dall'art. 148. Ora, è vero che l'art. 148 contiene l'elenco dei dati da comunicare all'assicuratore; ma è anche vero che, quanto alle modalità, tale norma al comma 5 statuisce che in caso di richiesta incompleta l'impresa di assicurazione debba richiedere al danneggiato le necessarie integrazioni, ed in tal caso i termini entro cui l'assicuratore dovrà presentare una proposta, decorreranno nuovamente dalla data di ricezione dei dati o dei documenti integrativi. Da ciò consegue che il combinato disposto di cui agli art. 145 e 148 cod. ass., ha ampliato la portata della condizione di proponibilità precedentemente prevista dall'art. 22 della l. n. 990/69, ma non tanto in senso oggettivo, bensì in senso soggettivo, richiedendo una partecipazione attiva dell'assicurazione, il cui comportamento non può essere inerte, dovendo senz'altro conformarsi ai parametri della buona fede precontrattuale rilevante ex artt. 1337 c.c."]. L'assicuratore, cioè, è chiamato dal legislatore a svolgere un ruolo di interlocutore serio e propositivo, all'interno della fase stragiudiziale - procedimentalizzata dall'art. 148 del Decreto Legislativo 7 settembre 2006, n. 209 (cd. "Codice delle Assicurazioni private"), con la conseguenza che l'eventuale (mera) incompletezza della domanda risarcitoria, potendo essere colmata con l'apporto (doveroso) dell'assicuratore, non può per ciò solo costituire un ostacolo alla tutela di diritti fondamentali come quello alla salute (art. 32 Cost.).

1.3. - Da ultimo, è appena il caso di evidenziare come: a) l'interpretazione alla quale si è sopra aderito

risulti senza dubbio conforme a quella che indubbiamente è la "ratio" ispiratrice della norma che introduce la condizione di proponibilità, che è quella di consentire all'assicuratore di valutare l'opportunità di un accordo con il danneggiato e prevenire premature domande giudiziali, con conseguente dispendio economico ed "a condizione che l'assicuratore sia stato messo a conoscenza del sinistro, della volontà del danneggiato di essere risarcito ed abbia potuto valutare le responsabilità e la fondatezza delle richieste" (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2011, n. 9912); b) diverso, invece, sia da considerarsi il profilo relativo alla mancata collaborazione del danneggiato, giacché se è certamente vero che il comma 3 dell'art. 148 del Decreto Legislativo 7 settembre 2006, n. 209 (cd. "Codice delle Assicurazioni private") espressamente prevede che il danneggiato non possa rifiutare gli accertamenti strettamente necessari alla valutazione del danno alla persona, risulta nondimeno altrettanto innegabile come (in base a quanto riconosciuto, del resto, anche da avvertita giurisprudenza di merito: cfr., all'uopo, Tribunale di Roma, sez. civ. XII, 30 marzo 2010) tale assenza di collaborazione comporti solo ed esclusivamente la sospensione dei termini posti a carico dell'assicuratore per la formulazione dell'offerta risarcitoria [ovvero, al più, il mancato riconoscimento degli interessi compensativi (cfr., in tal senso, Tribunale di Venezia, 13 luglio 2000; Tribunale di Milano, 27 novembre 1995)].

1.4. - In conclusione, nel caso di specie, quanto alla completezza della richiesta risarcitoria, deve ritenersi che quest'ultima presentasse tutti gli elementi essenziali necessari a consentire l'instaurazione di una trattativa: prova ne sia la circostanza, pacifica tra le parti [e comunque da ritenersi comprovata alla stregua della documentazione prodotta in giudizio dalla difesa degli attori: cfr., all'uopo, i docc. contrassegnati dal numero "7" dell'indice - foliaro relativo alla produzione della parte attrice], che l'impresa designata odierna convenuta, oltre ad essere stata senz'altro posta in condizioni di istruire la richiesta stragiudiziale di risarcimento dei danni avanzata dagli attori, nemmeno abbia dimostrato di aver richiesto eventuali integrazioni, con la conseguenza che le formalità, anche contenutistiche contemplate dalle disposizioni normative sopra indicate, devono ritenersi avere certamente raggiunto il loro scopo.

2. - Ciò premesso e passando alla disamina della "res controversa", la domanda giudiziale è fondata e merita, pertanto, di trovare accoglimento, avendo gli attori senz'altro fornito la prova circa la "non identificazione" del veicolo danneggiante, ovvero del conducente del medesimo, per cause non suscettibili di essere imputate agli stessi né tanto meno al loro dante causa [e, cioè, il *de cuius* sig. M. A. (nato a Napoli il 16 gennaio 1955 ed ivi deceduto in data 8 maggio 2007)].

2.1. - Al riguardo deve considerarsi, infatti, che, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità [con orientamento senz'altro suscettibile di essere esteso a quanto attualmente previsto dall'art. 283, comma 1, lettera a), del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (cosiddetto "Codice delle assicurazioni private")], l'art. 19, comma 1, lettera a) della legge 24 dicembre 1969, n. 990, nello stabilire che l'azione per il risarcimento dei danni cagionati dalla circolazione dei veicoli o dei natanti per i quali vi è l'obbligo di assicurazione è ammessa nel caso in cui il sinistro sia stato cagionato da veicolo o natante "non identificato", ha inteso riferirsi con quest'ultima espressione ai veicoli ed ai natanti che siano rimasti sconosciuti. È, dunque, onere del danneggiato che agisca in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, dimostrare non soltanto che il sinistro si sia verificato per condotta dolosa o colposa del conducente di un altro veicolo o natante, ma altresì che quest'ultimo sia rimasto sconosciuto (cfr., in tal senso ed *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 8 marzo 1990, n. 1860).

2.2. - In quest'ottica, la giurisprudenza ha precisato come la prova sul punto, a carico del danneggiato, debba riguardare innanzitutto la presenza di un veicolo non identificato ed, in secondo luogo, la circostanza che la mancata identificazione sia dipesa da impossibilità incolpevole.

2.3. - L'imposizione, a carico del danneggiato, di un onere di diligenza nell'identificazione del veicolo al quale deve ascrivere il sinistro, ovvero del suo conducente, è conforme alla "ratio" della

disposizione normativa sopra richiamata, in relazione non solo al principio generale dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ., ma altresì alla finalità perseguita dal legislatore di impedire eventuali frodi che potrebbero verificarsi con l'imputazione a carico di ipotetici conducenti rimasti sconosciuti sia di danni derivati da altri fatti meramente accidentali, sia di danni cagionati da veicoli noti e dichiarati non identificati al fine di evitare conseguenze penali al conducente, ovvero la conseguenza rappresentata dall'inasprimento dei premi assicurativi.

2.4. - Naturalmente, il suddetto onere probatorio ben può essere assolto anche attraverso il ricorso a presunzioni, purché rispondenti ai requisiti previsti dalla legge. Ed invero, la giurisprudenza del Supremo Collegio ha evidenziato come il fatto che il veicolo investitore sia rimasto non identificato rappresenti circostanza che, in via presuntiva e secondo l'*id quod plerumque accidit*, può ritenersi dimostrata dal fatto che, dopo che l'incidente sia stato denunciato alle competenti autorità di polizia, le indagini da queste ultime compiute ovvero disposte dall'Autorità Giudiziaria per l'identificazione del veicolo danneggiante, abbiano avuto esito negativo. Irrilevante è, per contro, l'astratta possibilità di identificare il veicolo o natante rimasto sconosciuto, mediante indagini articolate e complesse

da parte dello stesso danneggiato, spesso impossibilitato a procedervi a causa delle lesioni patite, ovvero perché non idoneo a compierle (cfr. sempre Cass. 8 marzo 1990, n. 1860).

2.4. - Pertanto, fermo restando che non può addebitarsi al danneggiato l'onere di svolgere direttamente indagini articolate o complesse, ulteriori rispetto alla denuncia dell'accaduto alle autorità competenti ed alla messa a disposizione di queste ultime di tutti gli elementi informativi disponibili, è necessario esaminare se possa dirsi sussistente la prova dell'impossibilità incolpevole

dell'identificazione, allorquando non risulti la prova dell'avvenuta presentazione di alcuna denuncia – querela, ovvero non sia stato sufficientemente dimostrato che le indagini, avviate a seguito di tale presentazione, abbiano sortito esito negativo.

2.5. - A quest'ultimo fine deve tenersi conto del fatto che, nel caso di sinistro stradale da cui derivino danni alla persona, il responsabile che non si fermi a prestare soccorso ovvero che, pur essendosi fermato, non presti la necessaria assistenza al danneggiato, risponde non soltanto del delitto di lesioni colpose (art. 590 del Codice Penale), perseguibile a querela, ma altresì delle fattispecie criminose previste e punite dall'art. 189, commi 6 e 7 del Codice della Strada, che risultano, invece, com'è noto, perseguibili d'ufficio.

2.6. - Ne deriva che, come chiarito del resto anche dalla giurisprudenza di questo Tribunale (sentenza 30 ottobre 2001, n. 12912), la previsione della condotta ascrivibile al conducente di un cosiddetto "veicolo pirata", quale fattispecie penalmente rilevante suscettibile di essere perseguita d'ufficio, comporta un duplice significativo riflesso: a) da un primo punto di vista, l'ordinamento impone cautela a chiunque affermi falsamente essersi verificato un fatto avente rilievo penale, dinanzi all'Autorità Giudiziaria ovvero ad altra autorità che a quest'ultima abbia l'obbligo di riferire: a presidio di tale cautela sono poste le fattispecie criminose di cui agli artt. 367 (simulazione di reato) e 368 (calunnia) del Codice Penale; b) sotto un secondo profilo, se è vero che alcun obbligo di denuncia di reati perseguibili d'ufficio è posto a carico del cittadino (fatte salve alcune rare eccezioni), è altrettanto innegabile come il pubblico ufficiale, l'incaricato di un pubblico servizio ed, in particolare, l'esercente una professione sanitaria, siano, sotto sanzione penale, tenuti alla denuncia o al referto in relazione a fatti suscettibili di integrare reati perseguibili d'ufficio appresi a causa o nell'esercizio delle funzioni, del servizio o della professione (artt. 361 e seguenti del Codice Penale ed artt. 331 e 334 del Codice di Procedura Penale). Con la conseguenza che, qualora fatti suscettibili di integrare i reati perseguibili d'ufficio previsti dall'art. 189 del Codice della Strada non siano già a conoscenza delle autorità di polizia, gli stessi devono essere portati a conoscenza alle predette autorità da parte degli eser-

centi la professione sanitaria che prendano in cura il ferito, sempre che, ovviamente, quest'ultimo, ovvero eventuali accompagnatori provvedano ad informarlo, se debitamente interrogati.

2.7. - Sulla base di quanto finora esposto non può, dunque, ritenersi coerente con il sistema previsto dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990 [e suscettibile di considerarsi trasfuso in quello attualmente previsto dall'art. 283, comma 1, lettera a), del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (cosiddetto "Codice delle assicurazioni private")] il comportamento del danneggiato che, investito da un cosiddetto "veicolo pirata" (ovvero, comunque, rimasto infortunato a seguito di un sinistro stradale verificatosi a causa della condotta, dolosa o colposa, ascrivibile a carico del conducente di un veicolo rimasto privo di identificazione), si astenga non soltanto dal compimento, peraltro (come già chiarito) inesigibile, di indagini articolate e complesse ai fini dell'identificazione del danneggiante, ma altresì dal rendere noto il fatto alle autorità competenti, con gli elementi notiziari posseduti o comunque acquisiti, attendendo per un ragionevole lasso temporale l'esito di indagini suscettibili di condurre all'identificazione del responsabile del sinistro stradale; comportamento, quest'ultimo, che pur non essendo esigibile sul piano penalistico, lo è certamente ai fini della valutazione dell'incolpevolezza o meno dell'impossibilità di conseguire la predetta identificazione (cfr., in tal senso, Tribunale di Napoli, sentenza 22 gennaio 2003, n. 1537, nonché sentenza 30 ottobre 2001, n. 12912, già sopra citata).

2.8. - La mancata denuncia, infatti, o comunque la mancata esposizione completa dei fatti a soggetti obbligati, per legge, alla denuncia o al referto, non consente di limitare le erogazioni previste a carico del "FONDO DI GARANZIA PER LE VITTIME DELLA STRADA", alle sole ipotesi di effettiva mancata identificazione dei soggetti responsabili dei sinistri stradali, mediante l'intervento delle autorità preposte all'individuazione di questi ultimi.

2.9. - Ne consegue che, in conformità all'orientamento della prevalente giurisprudenza di legittimità e di merito, non può essere ritenuta incolpevole l'impossibilità in cui versa il danneggiato ai fini dell'identificazione del responsabile del sinistro, dandosi alla fuga, qualora il danneggiato stesso, ovvero altro soggetto istituzionalmente tenuto e messo dal danneggiato in condizioni di provvedervi, non abbiano almeno proceduto a denunciare il fatto (come già visto perseguibile d'ufficio) all'Autorità Giudiziaria o di polizia.

2.10. - D'altronde, sempre in base al prevalente indirizzo giurisprudenziale, se è vero che non può

pretendersi dal danneggiato di adoperarsi personalmente in indagini articolate e complesse ricerche, è necessario e sufficiente dimostrare quanto meno che, dopo l'incidente, sia stata presentata denuncia alle competenti autorità di polizia e che le indagini compiute da queste ultime o disposte dall'Autorità Giu-

diziaria, ai fini dell'identificazione del veicolo investitore, abbiano avuto esito negativo (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 10 aprile 1986, n. 2514; Cass. civ., se 1° agosto 1987, n. 6672; Cass. 7 febbraio 1989, n. 775; Cass. 8 marzo 1990, n. 1860; Tribunale di Nocera Inferiore, 28 marzo 2001).

2.11. - Peraltro, lo scrivente magistrato condivide integralmente le osservazioni espresse nella sentenza del Tribunale di Napoli – Quarta Sezione Civile – del 4 ottobre 1999, in cui si afferma che non sussiste alcun particolare onere a carico del danneggiato di denunciare l'accaduto all'autorità di polizia perché la circostanza che il veicolo sia rimasto sconosciuto può essere provata anche in altro modo, tra cui la dichiarazione testimoniale.

2.12. - La richiamata sentenza aggiunge che indubbiamente la denuncia, pur non essendo indispensabile, laddove conduca ad un esito negativo delle indagini di polizia (ed all'archiviazione dell'azione penale) costituisce la piena prova della mancata identificazione.

2.13. - Ne consegue che ciò che conta non è l'esito della ricerca, bensì la diligenza posta nell'individuazione del veicolo – pirata. Non può, pertanto, condividersi l'affermazione, pure talvolta ricorrente nell'ambito della giurisprudenza dei Giudici di Pace, secondo cui il danneggiato

dovrebbe versare in atti il decreto d'archiviazione dell'indagine penale, sia perché ciò significherebbe che il requisito previsto dalla citata norma sia assicurato solo laddove le indagini conducano all'archiviazione dell'azione penale (mentre si è detto che è sufficiente una verifica dell'impossibilità ad identificare l'autore della condotta illecita) sia perché in tal modo surrettiziamente l'azione civile (o quanto meno il suo accoglimento) sarebbe postergata alla chiusura delle indagini ed all'archiviazione dell'azione penale, il che appare sicuramente in contrasto con il diritto d'azione garantito *ex art. 24* della Costituzione.

2.14. - In altri termini, laddove manchi o la denuncia – querela o il decreto d'archiviazione (o entrambi) il giudice civile non deve arrestarsi al dato formale (quasi individuando delle forme improprie di giurisdizione condizionata), ma deve verificare in concreto se, sulla scorta di tutto il materiale istruttorio (tra cui anche la prova orale), possa ritenersi adeguatamente provata la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno, incluso il requisito, che ne costituisce parte integrante, della non identificabilità del veicolo investitore.

2.15. - Allo stesso modo, deve ritenersi, ad avviso di questo giudice, che, anche nelle ipotesi – opposte a quella appena sopra considerata a titolo esemplificativo – in cui il danneggiato abbia provveduto a denunciare l'accaduto alle competenti autorità ed abbia fornito dimostrazione del fatto che le indagini da queste ultime disposte, ai fini dell'identificazione dei soggetti responsabili e del veicolo danneggiante, abbiano

sortito esito negativo, il giudice non possa arrestare la propria cognizione di fronte alla sussistenza di tali elementi di ordine formale, ma sia tenuto comunque ad accertare, in concreto e sulla scorta di tutte le risultanze istruttorie acquisite al processo, se possa ritenersi adeguatamente provata la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno, incluso i requisiti, che ne costituiscono parte integrante, della non identificabilità del veicolo investitore e della diligenza utilizzata dal danneggiato ai fini dell'identificazione del cosiddetto "veicolo pirata" e del suo conducente. E ciò in quanto, come si è già detto, l'attore è tenuto non solo a fornire la prova del fatto che il veicolo danneggiante sia rimasto non identificato, ma altresì a dimostrare di non aver contribuito, in alcun modo, con comportamenti connotati da scarsa diligenza, a produrre tale mancata identificazione.

2.16. - Del resto, tale conclusione risulta confortata dalla recente giurisprudenza di legittimità che ha posto in evidenza come l'omessa denuncia all'autorità non sia idonea, in sé, ad escludere che il danno sia stato effettivamente cagionato da veicolo non identificato; così come l'intervenuta denuncia o querela contro ignoti non valga, in sé stessa, a dimostrare che tanto sia senz'altro accaduto. Entrambe le evenienze devono, invece, essere apprezzate in relazione alle caratteristiche delle singole fattispecie, non suscettibili di tipizzazioni astratte, e considerate potenzialmente idonee a suffragare l'una o l'altra conclusione del Giudice di merito nell'ambito della ragionevole valutazione complessiva delle risultanze processuali demandata al suo prudente apprezzamento, del quale è tenuto a dare conto nella motivazione della sentenza. A nessuna delle due circostanze suddette (denuncia - omessa denuncia) è peraltro consentito assegnare, salva la possibile valenza sintomatica dell'una o dell'altra in relazione alle caratteristiche del caso concreto, una sorta di efficacia probatoria automatica, nel senso che il sinistro sia senz'altro riconducibile alla fattispecie astratta di cui alla legge 24 dicembre 1969, n. 990, art. 19, comma 1, lettera a), se la denuncia vi sia stata, ovvero che certamente non lo sia se la denuncia sia mancata (cfr., in tal senso, la motivazione di Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2007, n. 18532, la cui massima testualmente recita: "In caso di azione proposta per il risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 19 l. n. 990 del 1969, nei confronti dell'impresa designata dal Fondo di Garanzia per le vittime della strada, la prova che il danneggiato è tenuto a fornire che il danno sia stato effettivamente causato da veicolo non identificato, può essere offerta mediante la denuncia o querela presentata contro ignoti alle competenti autorità, ma senza automatismi, sicché il giudice di merito può sia escludere la riconducibilità della fattispecie concreta a quella del danno cagionato da veicolo non identificato, pur in presenza di tale denuncia o querela, sia affermarla, in mancanza della stessa.").

3. - Orbene, con espresso riguardo alla fattispecie in esame, dalla documentazione prodotta in giudizio è agevole desumere come l'evento dannoso di cui si tratta, per la sua oggettiva e notevole gravità (tale da aver dato luogo al decesso di un uomo, cioè del sig. M.A., dante causa degli odierni attori), ebbe a determinare l'intervento, sullo stesso luogo di verifica del sinistro, dell'autorità di polizia. A ciò aggiungasi come, anche dalla richiesta di archiviazione relativa alle indagini preliminari, avanzata dal magistrato del Pubblico Ministero e prodotta in copia dalla difesa degli istanti [cfr., all'uopo, il doc. contrassegnato dal numero "8") dell'indice - foliaro relativo alla produzione degli attori], possa agevolmente desumersi la chiara consapevolezza, da parte dell'Autorità Giudiziaria procedente, del fatto che l'incidente stradale in cui il sig. M. A. ebbe a perdere la vita fosse stato cagionato da un veicolo (nella specie, un furgone di colore bianco) diletuatosi nell'immediatezza dell'accaduto.

3.1. - Militano (e militavano), del resto, in tal senso, le dichiarazioni fornite dalle persone informate dei fatti menzionate dal magistrato del Pubblico Ministero anche nella richiesta di archiviazione sopra indicata. Tra queste, in particolare, quelle fornite, all'autorità di polizia, dalla sig.ra F. C. in data 9 maggio 2007 (e, dunque, il giorno immediatamente successivo a quello in cui l'evento dannoso ebbe a verificarsi) ed alla stregua delle quali può desumersi come la perdita di equilibrio e la conseguente caduta al suolo (mortale) del sig. M. A. si era verificata mentre il ciclomotore condotto da quest'ultimo stava subendo una manovra di sorpasso ad opera di un furgone di colore bianco che, dunque, lo aveva affiancato [cfr., all'uopo, la copia delle predette dichiarazioni prodotta dagli attori unitamente a quella del fascicolo relativo al procedimento penale scaturito dall'incidente stradale di cui si tratta: doc. contrassegnato dal numero "9") dell'indice - foliaro relativo alla produzione di parte attrice. In tali dichiarazioni testualmente si legge: "Ero a bordo dell'autobus con direzione Piazza G. Di Vittorio. Erano le 15.50 ca quando nella corsia opposta notavo un furgone di colore bianco e al suo fianco un ciclomotore il quale conducente perdeva il controllo dello stesso e notavo che nel perdere il controllo lasciava il volante e rovinava sul selciato battendo la testa contro il muro di cinta dell'aeroporto militare. Non ho notato che il veicolo abbia posto in essere manovre che abbiano provocato la caduta."]. Tali dichiarazioni, del resto, pur con l'ammissione di non aver notato alcuna manovra del veicolo tale da cagionare la caduta dello scooter, forniscono preciso riscontro a quelle rilasciate, nel corso del presente giudizio, dal testimone sig. T. G. il quale, nel corso della sua escussione all'udienza del 21 febbraio 2013 (cfr., all'uopo, il verbale relativo a quest'ultima), ha testualmente affermato: "era il mese di maggio del 2007 alle ore 15,00 o 16,00 circa ed a bordo del mio motorino percorrevo la Via F. De Pinedo in Napoli in direzione S. Pietro e

Patierno; ADR. Improvvisamente mi ha superato un furgone bianco, tipo Ducato Dayli, ad alta velocità che procedeva in direzione S. Pietro e Patierno; ADR. Io ho sbandato con il mio scooter poiché mi ha sfiorato, e poi ho rallentato un po'; ADR. Davanti a me, a circa 20 – 25 metri vi era un altro scooter che procedeva in direzione S. Pietro a Patierno sul lato destro della corsia; ADR. Ho visto che il furgone di colore bianco nel sorpassare il detto scooter lo urtava e lo faceva cadere a terra; ADR. L'urto si verificava tra la fiancata destra del furgone con la fiancata sinistra dello scooter; ADR. Dopo l'urto lo scooter, ed a causa dell'urto, sbandava vistosamente, e strusciava contro il marciapiede destra della strada, e il suo conducente veniva sbalzato dalla sella e finiva con il viso/testa contro il muro di cinta dell'Aeroporto posto sul lato destro della strada; ADR. Lo scooter se ne andava più avanti strusciando a terra; ADR. Il detto furgone bianco procedeva la sua corsa a velocità sostenuta, dileguandosi in pochi secondi dal posto; ADR. Io mi sono fermato ed ho guardato la persona a terra, per prestare soccorso; ADR. mi sono avvicinato ed ho visto la persona a terra con sangue a terra disteso a faccia in giù sulla sede stradale; ADR. Mi ricordo che egli aveva ancora il casco allacciato a terra; ADR. io non ho parlato con lui né l'ho toccato poiché ero in stato di shock; ADR. dopo poco tempo è arrivata molta gente; hanno chiamato i soccorsi e le forze di Polizia ...".

3.2. - Peraltro, ulteriore riscontro alla deposizione testimoniale appena sopra menzionata risulta fornito anche dal testimone sig. R. A. il quale, escusso anch'egli all'udienza del 21 febbraio 2013, nel confermare quanto già dichiarato all'autorità di polizia in sede di indagini preliminari [cfr., all'uopo, sempre la copia delle predette dichiarazioni prodotta dagli attori unitamente a quella del fascicolo relativo al procedimento penale scaturito dall'incidente stradale di cui si tratta: doc. contrassegnato dal numero "9") dell'indice – foliaro relativo alla produzione di parte attrice], ha ribadito di non aver assistito direttamente alla collisione tra i due veicoli ma di aver "sentito un urto da impatto, come dei veicoli che si urtavano, un urto tipo tra ferro che si è verificato fuori la strada dall'altra parte della carreggiata di Via F. De Pinedo ..." e di aver, poi, sentito dire "dalle persone presenti sul luogo del sinistro che un furgone bianco a forte velocità percorreva la Via F. De Pinedo ed aveva urtato lo scooter del malcapitato, facendolo cadere a terra ...". Analogamente, anche il sig. N. M., sentito dall'autorità di polizia nel corso delle indagini preliminari, aveva testualmente dichiarato: "Ero sotto la porta della mia attività commerciale al civ. 29/31 quando alle 15,45 ca sulla corsia in direzione S. Pietro a Patierno sentivo un urto e guardando in quella direzione vedevo il motorino e il suo conducente che scivolavano sulla sede stradale. Mi avvicinavo con altri astanti accorsi in soccorso dello sfortunato e mi accorgevo che era riverso a terra im-

mobile." [cfr., all'uopo, sempre la copia delle predette dichiarazioni prodotta dagli attori unitamente a quella del fascicolo relativo al procedimento penale scaturito dall'incidente stradale di cui si tratta: doc. contrassegnato dal numero "9") dell'indice – foliaro relativo alla produzione di parte attrice].

3.3. - In conclusione, alla stregua delle considerazioni finora sviluppate e degli elementi probatori finora enucleati, la dinamica dell'evento dannoso di cui si tratta può senz'altro essere ricostruita nei medesimi termini indicati nell'atto di citazione introduttivo del presente giudizio.

4. - Pertanto, ricostruita in tal modo la dinamica del sinistro stradale dedotto in giudizio, questo Giudice ritiene che possa, senza dubbio alcuno, ritenersi ampiamente dimostrata l'esclusiva responsabilità del conducente del furgone rimasto non identificato.

4.1. - La ricostruzione dei fatti sopra riassunta consente, infatti, di superare la presunzione di pari responsabilità, stabilita dall'art. 2054 comma secondo, cod. civ., con riguardo all'ipotesi di scontro tra veicoli e di affermare l'esclusiva responsabilità del conducente del veicolo non identificato nella produzione causale dell'evento dannoso dedotto in giudizio. Ed invero, il predetto ha realizzato senz'altro una condotta di guida contraria alle prescrizioni imposte, con riguardo ai conducenti che debbano eseguire una manovra di sorpasso, dall'art. 148, comma 2 e comma 3 (parte prima), del Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (cd. "Codice della Strada"), secondo cui: 1) "Il conducente che intende sorpassare deve preventivamente accertarsi: a) che la visibilità sia tale da consentire la manovra e che la stessa possa compiersi senza costituire pericolo o intralcio; b) che il conducente che lo precede nella stessa corsia non abbia segnalato di voler compiere analoga manovra; c) che nessun conducente che segue sulla stessa carreggiata o semicarreggiata, ovvero sulla corsia immediatamente alla propria sinistra, qualora la carreggiata o semicarreggiata siano suddivise in corsie, abbia iniziato il sorpasso; d) che la strada sia libera per uno spazio tale da consentire la completa esecuzione del sorpasso, tenuto anche conto della differenza tra la propria velocità e quella dell'utente da sorpassare, nonché della presenza di utenti che sopraggiungono dalla direzione contraria o che precedono l'utente da sorpassare."; 2) "Il conducente che sorpassa un veicolo o altro utente della strada che lo precede sulla stessa corsia, dopo aver fatto l'apposita segnalazione, deve portarsi sulla sinistra dello stesso, superarlo rapidamente tenendosi da questo ad una adeguata distanza laterale e riportarsi a destra appena possibile, senza creare pericolo o intralcio."

4.2. - Si deve, pertanto, concludere che sussiste un nesso causale esclusivo tra il comportamento del conducente del furgone predetto e l'evento dannoso, non essendo stata, del resto, rilevata alcuna imprudenza nella condotta di guida del "de cuius" sig. M. A.

4.3. - Del resto, anche nell'ambito della ricostruzione della dinamica relativa al sinistro stradale operata nel rapporto redatto dagli agenti della Polizia Municipale di Napoli intervenuti sul luogo del sinistro e prodotto, in copia, nel presente giudizio, dalla difesa degli attori unitamente a quella del fascicolo relativo al procedimento penale scaturito dall'incidente stradale di cui si tratta [cfr., all'uopo, il doc. contrassegnato dal numero "9)" dell'indice - foliaro relativo alla produzione di parte attrice], gli operanti, nell'affermare che il sig. M. A. ebbe a perdere il controllo del proprio ciclomotore, andando ad urtare con il volto sullo spigolo di un pilastro del muro di cinta dell'aeroporto militare, precisando, nondimeno, come tale evento dannoso si fosse verificato "per cause ancora da accertare".

4.4. - E ciò per l'evidente ragione che il menzionato rapporto costituisce un documento formato in un momento successivo alla concreta verifica dell'evento dannoso oggetto di controversia, essendosi gli operatori intervenuti limitati a rilevare esclusivamente quanto formava oggetto della loro diretta percezione.

4.5. - Ed invero, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, "Il rapporto della Polizia stradale, atto diretto alla autorità giudiziaria, è vincolante nella parte contenente accertamenti di fatto, mentre nella parte contenente un giudizio, pur espresso da organo tecnicamente qualificato, è liberamente valutabile nel processo." [cfr., in tal senso, Corte d'Appello di Milano, 2 marzo 2005; in senso sostanzialmente analogo cfr., altresì, Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2002, n. 10898, secondo cui "Il rapporto della polizia giudiziaria è dotato dell'efficacia probatoria privilegiata del documento fide faciente (art. 2700 c.c.) per quanto concerne i fatti materiali che l'autore attesta di avere personalmente percepito o constatato, mentre, per il resto, offre materiale indiziario superabile con prove contrarie di qualsiasi tipo."].

4.6. - Peraltro, se è certamente vero che la descrizione dei danni riportati dal ciclomotore condotto dalla vittima del sinistro e contenuta nel suddetto rapporto di polizia indicasse la presenza di danni esclusivamente prevalentemente alla parte destra di tale veicolo, risulta nondimeno altrettanto innegabile come gli attori abbiano ampiamente dimostrato la presenza di inequivocabili segni di abrasione anche alla parte sinistra del menzionato ciclomotore, segni peraltro pienamente compatibili con la dinamica dell'evento dannoso così come già sopra ricostruita, in quanto aventi un andamento postero - anteriore [cfr., all'uopo, la relazione di Consulenza Tecnica di parte espletata nell'ambito del procedimento penale scaturito dall'evento dannoso oggetto di controversia: doc. contrassegnato dal numero "11)" dell'indice - foliaro relativo alla produzione di parte attrice. All'uopo, si precisa che, per mero errore materiale, il difensore degli attori ha indicato, nell'indice - foliaro tale documento qualificandolo come "Consulenza medica", laddove è evidente trat-

tarsi, invece, di una consulenza diretta alla ricostruzione della dinamica del sinistro stradale ed all'individuazione delle sue possibili cause].

5. - La responsabilità nella produzione causale dell'evento dannoso deve essere, dunque, ascritta, in via esclusiva, a carico del conducente del furgone rimasto non identificato, il quale ha colposamente violato le disposizioni normative già sopra menzionate.

5.1. - Tale condotta - si reputa - ha avuto efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento, onde gli attori sigg. M. P., M. S., M. V. e M. G., sia in proprio che quali eredi legittimi del sig. M. A. (nato a Napoli il 16 gennaio 1955 ed ivi deceduto in data 8 maggio 2007), devono ritenersi esonerati dalla presunzione di cui all'art. 2054, comma secondo, cod. civ., ed a carico degli stessi non può ravvisarsi la sussistenza dell'onere di provare che la vittima abbia fatto tutto il possibile per evitare il danno [cfr., all'uopo, Cass. civ., sez. III, 16 luglio 2003, n. 11143; Cass. civ., sez. III, 11 maggio 1999, n. 4648; Cass. civ., sez. III, 27 novembre 1998, n. 12039; Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2009, n. 9550, secondo cui "In caso di sinistro stradale, l'infrazione commessa da un conducente non dispensa il giudice dall'accertare l'eventuale concorso di colpa dell'altro soggetto coinvolto; per quest'ultimo, però, la prova liberatoria può scaturire anche in modo indiretto dall'accertamento che la condotta del conducente-trasgressore è legata da un esclusivo rapporto di causa-effetto all'evento dannoso."], atteso che gli elementi probatori sopra evidenziati, oltre ad aver permesso di acclarare come la collisione ebbe a realizzarsi in un momento in cui il ciclomotore condotto dal sig. M. A. stava regolarmente, ed a velocità moderata (tanto che la Polizia Municipale che intervenne sul luogo dell'incidente, ebbe a descrivere il ciclomotore come danneggiato ma in grado di riprendere la marcia: cfr., all'uopo, il rapporto redatto dagli agenti della Polizia Municipale di Napoli e già sopra menzionato), percorrendo la Via Francesco de Pinedo, hanno altresì permesso di accertare come il conducente del veicolo rimasto non identificato ebbe a realizzare, ad elevata velocità, una manovra di sorpasso in patente violazione delle prescrizioni dettate dalle disposizioni normative già sopra menzionate, così finendo con l'urtare il ciclomotore e determinare la perdita di equilibrio a carico della vittima e conseguente perdita di controllo del veicolo a due ruote da quest'ultima condotto. A ciò aggiungasi come dalle risultanze istruttorie [ed, in particolare, del rapporto redatto dagli agenti della Polizia Municipale di Napoli intervenuti sul luogo del sinistro e prodotto, in copia, nel presente giudizio, dalla difesa degli attori unitamente a quella del fascicolo relativo al procedimento penale scaturito dall'incidente stradale di cui si tratta: doc. contrassegnato dal numero "9)" dell'indice - foliaro relativo alla produzione di parte attrice] sia emerso l'utilizzo, da parte del sig. M. A., del casco protettivo che, infatti, egli indossava regolar-

mente allacciato [cfr., all'uopo, anche gli eloquenti rilievi fotografici allegati, in copia, al rapporto di Polizia Municipale già sopra menzionato e facenti parte sempre del doc. contrassegnato dal numero "9" dell'indice – foliaro relativo alla produzione di parte attrice].

5.2. - Né, infine, assume rilevanza alcuna il fatto che il casco protettivo indossato dalla vittima dell'illecito – casco che recava l'etichetta di omologazione chiaramente leggibile [cfr., all'uopo, la relazione di Consulenza Tecnica di parte espletata nell'ambito del procedimento penale scaturito dall'evento dannoso oggetto di controversia: doc. contrassegnato dal numero "11" dell'indice – foliaro relativo alla produzione di parte attrice. All'uopo, si precisa che, per mero errore materiale, il difensore degli attori ha indicato, nell'indice – foliaro tale documento qualificandolo come "Consulenza medica", laddove è evidente trattarsi, invece, di una consulenza diretta alla ricostruzione della dinamica del sinistro stradale ed all'individuazione delle sue possibili cause] – non potesse essere più omologato e commercializzato – già prima della verifica dell'evento dannoso – a seguito dell'emanazione del Decreto del Ministero dei Trasporti e della Navigazione del 28 luglio 2000. E ciò in quanto, se è certamente vero come le disposizioni regolamentari di cui si tratta vietassero sia l'omologazione che la commercializzazione di caschi come quello in questione (cioè non rispondenti alle prescrizioni tecniche indicate nell'art. 1, comma 1, del Decreto Ministeriale sopra indicato), risulta nondimeno altrettanto innegabile come tali disposizioni regolamentari non contemplassero, al momento della verifica dell'evento dannoso, un espresso divieto di utilizzo di tali presidi, a carico dei conducenti di ciclomotori che ne fossero eventualmente già in possesso, trattandosi, d'altronde, pur sempre di caschi regolarmente omologati alla stregua della disciplina normativa previgente. Del resto, la stessa difesa dell'impresa designata convenuta ha ammesso [cfr., all'uopo, la terza pagina della memoria depositata in Cancelleria in data 5 giugno 2012, ai sensi dell'art. 183, comma sesto, n. 1), cod. proc. civ.] come l'espresso divieto di utilizzo di tali caschi protettivi risulti essere stato normativamente introdotto solo a far tempo dalla data del 12 ottobre 2010 [cioè dall'entrata in vigore della modificazione dell'art. 171 del Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (cd. "Codice della Strada") apportata mediante l'art. 28, comma 1, della legge 29 luglio 2010, n. 120] e, dunque, certamente in epoca successiva a quella di verifica dell'evento dannoso oggetto di controversia.

6. - In punto di "quantum debeatur", tenuto conto del vincolo affettivo e parentale esistente tra gli attori sigg. M. P., M. S., M. V. e M. G. (rispettivamente, coniuge, la prima, e figli la seconda, il terzo e la quarta) e la vittima (coniuge della prima e genitore degli altri tre), si ritiene di dover determinare l'ammontare risarcitorio spettante, in via equitativa ed a titolo di dan-

no non patrimoniale all'attualità, nella somma di €. 300.000,00 (euro trecentomila/00), in favore dell'attrice sig.ra M. P. e dell'attrice sig.ra M. G. e della somma di €. 240.000,00 (euro duecentoquarantamila/00) in favore di ciascuno degli attori sigg. M. S. e M. V. Ai fini della determinazione di tale somma, naturalmente e come chiarito dalla recente giurisprudenza di legittimità e di merito, deve infatti considerarsi il danno scaturente dalla lesione del rapporto parentale. Ed invero, come affermato dalla predetta giurisprudenza, in tema di danno non patrimoniale per la perdita di un familiare, questo può essere determinato in un'unica somma comprendente sia il cosiddetto danno morale in senso stretto, derivante dalla sofferenza per la perdita del congiunto, sia il cosiddetto danno esistenziale, derivante dalla lesione del rapporto parentale e dall'incidenza che tale lesione assume sulla vita futura del congiunto superstite (secondo l'accezione di cui alle note pronunce Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, ribadita, poi, da Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26074 e Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975). Pertanto, nell'ipotesi di riconoscimento congiunto del danno morale subiettivo e del danno relativo alla compromissione dei rapporti parentali e relazionali "tout court", appare equo liquidare a favore dei congiunti del defunto (coniuge e figli) una somma complessiva a titolo di ristoro del danno non patrimoniale subito in proprio, sia nella sua componente esistenziale che nella sua proiezione morale, attinente cioè al cosiddetto "pretium doloris" in senso stretto. Va precisato, peraltro, che il riconoscimento dei diritti della famiglia (art. 29 Costituzione) va inteso non in senso restrittivo, cioè come tutela delle estrinsecazioni della persona nell'ambito esclusivo di quel nucleo, con una proiezione di carattere meramente interno, bensì nel più ampio senso di modalità di realizzazione della vita stessa dell'individuo, alla stregua dei valori e dei sentimenti che il rapporto personale ispira, sia generando bisogni e doveri, sia dando luogo a gratificazioni, supporti, affrancazioni e significati (Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546).

6.1. - Laddove il fatto lesivo alteri profondamente tale complessivo assetto, provocando una rimarchevole dilatazione dei bisogni e dei doveri ed una determinante riduzione – se non annullamento – delle positività che dal rapporto parentale derivano (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827; Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20324), viene a determinarsi quello sconvolgimento delle abitudini di vita che, pur potendo avere diversa ampiezza e consistenza in termini di intensità e protrazione nel tempo in relazione alle diverse situazioni, deve trovare comunque obiettività nell'alterazione del modo di relazionarsi del soggetto sia all'interno del nucleo familiare che all'esterno di esso nell'ambito dei comuni rapporti della

vita di relazione (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828).

6.2. - E esso si concreta, invero, in una modificazione (peggiorativa) della personalità dell'individuo, che si obiettivizza socialmente nella negativa incidenza sul suo modo di rapportarsi con gli altri, sia all'interno del nucleo familiare, che all'esterno del medesimo, nell'ambito dei comuni rapporti della vita di relazione. E ciò in conseguenza della subita alterazione e della privazione (oltre che di quello materiale anche) del rapporto personale con lo stretto congiunto nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore), cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell'altro (Cass. 12 giugno 2006, n. 13546). Tale compromissione della personalità dell'individuo in ipotesi tragiche come quella di specie deve dunque sicuramente presumersi, in quanto rispondente all'"*id quod plaerumque accidit*", fino a prova contraria gravante sul danneggiante (cfr., in tal senso ed *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546; Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2006, n. 3289; Cass. civ., sez. III, 11 agosto 2004, n. 15568).

6.3. - Nel caso di specie, come appare di tutta evidenza, il bene leso afferente la personalità e di rango costituzionale, deve essere individuato nel diritto a conservare e coltivare la relazione con il coniuge nonché quella genitore-figlio e, quindi, a godere nel quotidiano di quell'insieme di relazioni a presidio delle quali si collocano gli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione, fermo restando che, secondo la tassonomia approntata dalla Cassazione (sentenze 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828 e sostanzialmente portata a definitivo compimento dalle sentenze n. 26972, 26973, 26974 e 26975 delle sez. un. dell'11 novembre 2008), in questa sede, oltre al profilo esterno della perdita della relazione parentale, non si può prescindere dal dare adeguata valutazione anche alla lesione di carattere interno connessa alla sofferenza patita per tale perdita.

6.4. - Com'è noto, il sistema del danno non patrimoniale è stato riplasmato in toto dalla giurisprudenza di legittimità sopra citata, finendo per riassorbire nell'alveo dell'art. 2059 cod. civ. anche il danno alla salute. In sintesi, dando seguito ideale alla sentenza n. 87 del 1979 Giudice delle leggi (Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 87), sul presupposto della diretta operatività delle norme costituzionali sul piano dei rapporti orizzontali, le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte hanno dato piena cittadinanza a lesioni attinenti valori della persona costituzionalmente garantiti nell'ambito di una rilettura in chiave costituzionale dell'art. 2059 cod. civ. In tal modo, fermo restando il principio di tipicità dei danni non patrimoniali inteso con riferimento al bene leso, si è operata, mediante un diverso ancoraggio costituzionale, una netta distinzione fra danno biologico tutelato dall'art. 32 Cost., danno morale soggettivo connesso a tutte le forme di sentire interno (sofferenza e patimenti) o di lesione dell'in-

tegrità morale legati all'art. 2 cost. e danno connesso alla lesione di altri valori della persona di rango costituzionale (perdita del rapporto parentale, lesione della serenità familiare, artt. 2, 29 e 30 Cost.).

6.5. - Ora al di là degli schemi classificatori (le categorie sono strumento di lettura dei fenomeni e non viceversa: cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26072; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26974; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975, nella parte in cui hanno chiarito che "Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.", è indubitabile, e lo sostengono persino i fautori del c.d. sistema bipolare, che all'interno del danno non patrimoniale (dove di recente, si ripete, è stata fatta confluire la voce danno alla salute) oltre al "pretium doloris" connesso al danno morale, tradizionalmente legato ai fatti di reato, ed al danno biologico esiste un vasto territorio di pregiudizi non bagatellari, idiosincratici o da disappunto, che attentano ai diritti della persona di indubbio rilievo costituzionale. Ebbene a questi pregiudizi, purché scaturenti da lesioni di diritti inviolabili della persona secondo Costituzione, risulta senz'altro doveroso offrire un adeguato ristoro.

6.6. - Il nuovo danno non patrimoniale, dunque, inteso in senso ampio, ossia come qualsiasi conseguenza pregiudizievole non suscettibile di immediata valutazione economica, risulta ora comprensivo: a) del cosiddetto danno morale soggettivo, inteso quale sofferenza interna ovvero transeunte turbamento dello stato d'animo in conseguenza dell'illecito; b) del danno biologico, inteso quale "incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali

ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”, conseguente alla lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico legale, secondo la definizione offerta dall’art. 138, comma 2, lettera a) del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209; c) di qualsiasi altra conseguenza pregiudizievole conseguente alla lesione di ulteriori interessi inerenti alla persona, con la precisazione, però, che quando detto interesse ha rilievo costituzionale il limite della espressa previsione di legge di cui all’art. 2059 cod. civ. non opera o, meglio, l’espressa previsione di legge può essere ravvisata nella stessa rilevanza costituzionale dell’interesse leso.

6.7. - Questa interpretazione, segna il definitivo tramonto della categoria, di ascendenza penalistica, del cosiddetto danno - evento, accolta dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986 in riferimento al danno biologico, con importanti conseguenze in punto di allegazione e prova del danno. Invero, la giurisprudenza di legittimità ha avuto cura di precisare che il danno non patrimoniale risarcibile non si identifica mai nella pura lesione dell’interesse protetto, ma sempre nelle conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate, come del resto già anticipato da un’altra sentenza della stessa Corte Costituzionale (cfr. in particolare sentenza n. 372 del 27 ottobre 1994).

6.8. - Nel caso di specie, come appare di tutta evidenza, il bene leso afferente la personalità e di rango costituzionale, deve essere individuato nel diritto a conservare e coltivare la relazione con il coniuge nonché quella genitore-figlio e, quindi, a godere nel quotidiano di quell’insieme di relazioni a presidio delle quali si collocano gli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione, fermo restando che, secondo la tassonomia approntata dalla Cassazione (sentenze 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828 e sostanzialmente portata a definitivo compimento dalle sentenze n. 26972, 26973, 26974 e 26975 delle sez. un. dell’11 novembre 2008), in questa sede, oltre al profilo esterno della perdita della relazione parentale, non si può prescindere dal dare adeguata valutazione anche alla lesione di carattere interno connessa alla sofferenza patita per tale perdita.

6.9. - Com’è noto, il sistema del danno non patrimoniale è stato riplasmato in toto dalla giurisprudenza di legittimità sopra citata, finendo per riassorbire nell’alveo dell’art. 2059 cod. civ. anche il danno alla salute. In sintesi, dando seguito ideale alla sentenza n. 87 del 1979 Giudice delle leggi (Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 87), sul presupposto della diretta operatività delle norme costituzionali sul piano dei rapporti orizzontali, le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte hanno dato piena cittadinanza a lesioni attinenti valori della persona costituzionalmente garantiti nell’ambito di una rilettura in chiave costituzionale dell’art. 2059 cod. civ. In tal modo, fermo restando il principio di tipicità dei danni non patrimoniali inteso con riferimento al bene leso, si è operata, mediante un diverso

ancoraggio costituzionale, una netta distinzione fra danno biologico tutelato dall’art. 32 Cost., danno morale soggettivo connesso a tutte le forme di sentire interno (sofferenza e patimenti) o di lesione dell’integrità morale legati all’art. 2 cost. e danno connesso alla lesione di altri valori della persona di rango costituzionale (perdita del rapporto parentale, lesione della serenità familiare, artt. 2, 29 e 30 Cost.).

6.10. - Ora al di là degli schemi classificatori (le categorie sono strumento di lettura dei fenomeni e non viceversa: cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26072; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26974; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975, nella parte in cui hanno chiarito che “Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità, sia pure attraverso l’individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall’interpretazione costituzionale dell’art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l’effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.”), è indubitabile, e lo sostengono persino i fautori del c.d. sistema bipolare, che all’interno del danno non patrimoniale (dove di recente, si ripete, è stata fatta confluire la voce danno alla salute) oltre al “pretium doloris” connesso al danno morale, tradizionalmente legato ai fatti di reato, ed al danno biologico esiste un vasto territorio di pregiudizi non bagatellari, idiosincratici o da disappunto, che attentano ai diritti della persona di indubbio rilievo costituzionale. Ebbene a questi pregiudizi, purché scaturenti da lesioni di diritti inviolabili della persona secondo Costituzione, risulta senz’altro doveroso offrire un adeguato ristoro.

6.11. - Il nuovo danno non patrimoniale, dunque, inteso in senso ampio, ossia come qualsiasi conseguenza pregiudizievole non suscettibile di immediata valutazione economica, risulta ora comprensivo: a) del cosiddetto danno morale soggettivo, inteso quale sofferenza interna ovvero transeunte turbamento dello

stato d'animo in conseguenza dell'illecito; b) del danno biologico, inteso quale "incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito", conseguente alla lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico legale, secondo la definizione offerta dall'art. 138, comma 2, lettera a) del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209; c) di qualsiasi altra conseguenza pregiudizievole conseguente alla lesione di ulteriori interessi inerenti alla persona, con la precisazione, però, che quando detto interesse ha rilievo costituzionale il limite della espressa previsione di legge di cui all'art. 2059 cod. civ. non opera o, meglio, l'espressa previsione di legge può essere ravvisata nella stessa rilevanza costituzionale dell'interesse leso.

6.12. - Questa interpretazione, segna il definitivo tramonto della categoria, di ascendenza penalistica, del cosiddetto danno - evento, accolta dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986 in riferimento al danno biologico, con importanti conseguenze in punto di allegazione e prova del danno. Invero, la giurisprudenza di legittimità ha avuto cura di precisare che il danno non patrimoniale risarcibile non si identifica mai nella pura lesione dell'interesse protetto, ma sempre nelle conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate, come del resto già anticipato da un'altra sentenza della stessa Corte Costituzionale (cfr. in particolare sentenza n. 372 del 27 ottobre 1994).

6.13. - Pertanto, condividendo l'orientamento emerso nel Tribunale di Milano in ordine ad una valutazione del danno per perdita del coniuge o di un genitore in una "forbice" che va da un minimo di €. 163.990,00 (euro centosessantatremilanovecentonovanta/00) ad un massimo di €. 327.990,00 (euro trecentoventisettemilanovecentonovanta/00), questo giudice ritiene adeguato alla fattispecie in esame operare una liquidazione in misura prossima al massimo dei valori sopra indicati per il coniuge e per la figlia convivente [cfr., all'uopo, le certificazioni anagrafiche e di residenza prodotte in giudizio dalla difesa degli attori: docc. contrassegnati dai numeri "3)", "4)", "5)" e "6)" dell'indice - foliaro relativo alla produzione di parte attrice] e prossima ai valori medi per i figli non conviventi e, cioè, complessivamente, pari all'importo di €. 300.000,00 (euro trecentomila/00), all'attualità, per ciascuna delle attrici sigg. M. P. e M. G. ed a quello di €. 240.000,00 (euro duecentoquarantamila/00), all'attualità, per ciascuno degli attori sigg. M. V. e M. S.. In tale quantificazione, necessariamente equitativa, non può non tenersi conto: 1) della dimostrata sussistenza di un effettivo stato di convivenza con la vittima solo con riguardo all'attrice sig.ra M. P. ed alla figlia sig.ra M. G. (cfr., all'uopo, le certificazioni anagrafiche e di residenza già sopra menzionate); 2) del gravissimo sconvolgimento delle abitudini di vita subito

dagli attori, che si sono visti tutti privare di uno dei legami affettivi e parentali più intensi tra quelli che, secondo l' "id quod plerumque accidit", caratterizza l'esistenza umana (e, cioè quello instaurato, rispettivamente, con il proprio coniuge e con il proprio genitore) nell'ambito del brevissimo volgere di un arco temporale di pochissimi minuti ore [cfr., all'uopo, il rapporto della Polizia Municipale già sopra menzionato e nel quale testualmente si legge: "Decesso constatato ore 16.10"]; 3) dell'età del defunto sig. M. A. che, al momento della sua morte, aveva poco più di cinquantadue (52) anni ed era perciò appena ancora all'inizio della sesta decade di vita; 4) della non avanzata età dell'attrice sig.ra M. P. la quale, al momento del decesso del coniuge, non aveva ancora compiuto quarantasette (47) anni, e che, dunque, ha dovuto e dovrà confrontarsi quotidianamente e, sostanzialmente, per tutto il resto della propria esistenza, con la realtà rappresentata dalla perdita traumatica della persona con la quale cui ella aveva instaurato uno dei legami affettivi più intensi tra quelli che, secondo l' "id quod plerumque accidit", caratterizzano l'esistenza umana ed aveva, conseguentemente, condiviso un intero percorso (e progetto) di vita sfociato nella creazione di un nucleo familiare; 5) dei disturbi cronici dell'adattamento con umore depresso residuati, a causa della vicenda in esame, a carico dell'attrice sig.ra M. P. e che risultano aver dato luogo a postumi permanenti stabilizzati in misura pari al 4% (quattro per cento) con un periodo di invalidità temporanea parziale di novanta (90) giorni, di cui i primi trenta (30) al 50% (cinquanta per cento) ed i residui sessanta (60) al 25% (venticinque per cento), come emerso all'esito dell'espletamento di apposita Consulenza Tecnica d'Ufficio (cfr., all'uopo, la relazione depositata in Cancelleria con modalità telematica dall'ausiliario dott. prof. D. D. F.); 6) dalla non avanzata età degli attori sigg. M. V. e M. S. che, al momento del decesso del padre, sebbene ormai al di fuori del nucleo familiare di quest'ultimo, erano, rispettivamente, il primo, poco più che trentenne e la seconda, poco più che ventisettenne e che, pertanto, hanno dovuto e dovranno confrontarsi e, sostanzialmente, per tutto il resto della propria esistenza, con la realtà rappresentata dalla improvvisa perdita non soltanto di un legame di carattere strettamente parentale, ma altresì della possibilità di vedere crescere ed ulteriormente svilupparsi, anche nel corso dell'età matura, quel patrimonio morale rappresentato dal bagaglio di esperienze ed insegnamenti provenienti dalla figura paterna che, pur nella diversità delle scelte di vita individuale, solitamente connota i rapporti tra genitori e figli allorquando questi ultimi raggiungono l'età adulta; 7) dalla ancora giovane età dell'attrice sig.ra M. G. che, al momento del decesso del padre, oltre a non essere ancora uscita dal nucleo familiare di quest'ultimo, non aveva ancora compiuto i ventidue (22) anni e che, pertanto, ha dovuto e dovrà anch'ella

confrontarsi per tutto il resto della propria esistenza, con la realtà rappresentata dall'improvvisa perdita non soltanto di un legame di carattere strettamente parentale alimentato dalla quotidiana vicinanza alla figura paterna (che, solitamente e secondo l'"*id quod placrum que accidit*", comporta che essa divenga un vero e proprio punto di riferimento per i familiari conviventi), ma altresì – come già chiarito con riguardo agli altri due figli – della possibilità di vedere crescere ed ulteriormente svilupparsi, anche nel corso dell'età matura, quel patrimonio morale rappresentato dal bagaglio di esperienze ed insegnamenti provenienti dalla figura paterna che, pur nella diversità delle scelte di vita individuale, solitamente connota i rapporti tra genitori e figli allorquando questi ultimi raggiungono l'età adulta.

6.14. - Trattasi di fattori che, complessivamente considerati ed in assenza di ulteriori elementi probatori [che, infatti, non sono stati, in alcun modo, offerti dagli istanti: cfr., all'uopo, la memoria istruttoria depositata in Cancelleria in data 31 luglio 2013, ai sensi dell'art. 183, comma sesto, n. 2), cod. proc. civ. e dalla quale può agevolmente desumersi come le prove testimoniali richieste dalla difesa degli attori concernessero, in via esclusiva, profili attinenti alla sussistenza della responsabilità della convenuta], suggeriscono una liquidazione delle voci di danno già sopra menzionate, attestata, senza dubbio alcuno, in prossimità dei valori già sopra indicati.

6.15. - Nella liquidazione del danno cagionato da illecito aquiliano, in caso di ritardo nell'adempimento, tuttavia, deve altresì tenersi conto del nocimento finanziario (lucro cessante) subito dal soggetto danneggiato a causa della mancata tempestiva disponibilità della somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento, la quale, se tempestivamente corrisposta, avrebbe potuto essere investita per ricavarne un lucro finanziario; tale danno, invero, ben può essere liquidato con la tecnica degli interessi, con la precisazione, tuttavia, che detti interessi non debbono essere calcolati né sulla somma originaria, né su quella rivalutata al momento della liquidazione, dovendo gli stessi computarsi, piuttosto, o sulla somma originaria progressivamente rivalutata, anno per anno, ovvero in base ad un indice di rivalutazione medio (cfr., in tal senso ed "*ex multis*", Cass.civ., sez. un., 17 febbraio 1995, n. 1712, nonché Cass. 10 marzo 2000, n. 2796).

6.16. - Orbene, per ottenere l'effetto pratico del riconoscimento degli interessi calcolati sulla somma rivalutata in base ad un indice di rivalutazione medio questo Giudicante reputa opportuno condannare la convenuta impresa designata, in favore di ciascuna delle attrici sigg. M. P. e M.G., degli interessi al tasso legale previsto dall'art. 1284, comma primo, cod. civ., dalla data dell'evento dannoso (8 maggio 2007) sull'importo di €. 263.620,39 (euro duecentosessantatremilaseicentoventi/39), pari alla devalutazione,

in base all'indice ISTAT delle variazioni dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai (cosiddetto indice "FOI"), alla data dell'8 maggio 2007 – quale momento in cui l'illecito si è prodotto – di quella sopra riconosciuta a titolo risarcitorio e, quindi, anno per anno, ed a partire dal 8 maggio 2008, fino al momento della pubblicazione della presente decisione (mediante deposito in Cancelleria), sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra appena indicata, sempre in base all'indice ISTAT menzionato ("FOI"), con divieto di anatocismo.

6.17. - Pertanto, in favore di ciascuna delle predette istanti, deve essere riconosciuta la somma complessiva di €. 348.124,00 (euro trecentoquarantottomilacentovequattro/00), atteso che, alla stregua dei criteri di calcolo già sopra indicati [interessi al tasso legale previsto dall'art. 1284, comma primo, cod. civ., dalla data dell'8 maggio 2007 sull'importo di €. 263.620,39 (euro duecentosessantatremilaseicentoventi/39) e, quindi, anno per anno, ed a partire dall'8 maggio 2008, fino al momento della pubblicazione della presente decisione (mediante deposito in Cancelleria), sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra appena indicata, sempre in base all'indice ISTAT menzionato ("FOI"), con divieto di anatocismo], gli interessi suddetti risultano di ammontare pari ad €. 48.124,00 (euro quarantottomilacentovequattro/00) in cifra tonda, somma che va ad aggiungersi alla sorta capitale dovuta all'attualità (e comprensiva della rivalutazione monetaria), pari, come si è già sopra chiarito, ad €. 300.000,00 (euro trecentomila/00).

6.18. - Analogo discorso deve essere svolto con riguardo agli attori sigg. M. V. e M. S., cosicché per ottenere l'effetto pratico del riconoscimento degli interessi calcolati sulla somma rivalutata in base ad un indice di rivalutazione medio questo Giudicante reputa opportuno condannare la convenuta impresa designata, in favore di ciascuno dei suddetti attori sigg. M. V. e M. S., degli interessi al tasso legale previsto dall'art. 1284, comma primo, cod. civ., dalla data dell'evento dannoso (8 maggio 2007) sull'importo di €. 210.896,31 (euro duecentodiecimilaottocentonovantasei/31), pari alla devalutazione, in base all'indice ISTAT delle variazioni dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai (cosiddetto indice "FOI"), alla data dell'8 maggio 2007 – quale momento in cui l'illecito si è prodotto – di quella sopra riconosciuta a titolo risarcitorio e, quindi, anno per anno, ed a partire dal 8 maggio 2008, fino al momento della pubblicazione della presente decisione (mediante deposito in Cancelleria), sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra appena indicata, sempre in base all'indice ISTAT menzionato ("FOI"), con divieto di anatocismo.

6.19. - Pertanto, in favore di ciascuno dei predetti istanti, deve essere riconosciuta la somma complessiva

di €. 278.500,00 (euro duecentosettantottomilacinquecento/00), atteso che, alla stregua dei criteri di calcolo già sopra indicati [interessi al tasso legale previsto dall'art. 1284, comma primo, cod. civ., dalla data dell'8 maggio 2007 sull'importo di €. 263.620,39 (euro duecentosessantatremilaseicentoventi/39) e, quindi, anno per anno, ed a partire dall'8 maggio 2008, fino al momento della pubblicazione della presente decisione (mediante deposito in Cancelleria), sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra appena indicata, sempre in base all'indice ISTAT menzionato ("FOI"), con divieto di anatocismo], gli interessi suddetti risultano di ammontare pari ad €. 38.500,00 (euro trentottomilacinquecento/00) in cifra tonda, somma che va ad aggiungersi alla sorta capitale dovuta all'attualità (e comprensiva della rivalutazione monetaria), pari, come si è già sopra chiarito, ad €. 240.000,00 (euro duecentoquarantamila/00).

6.20. - Dal momento della pubblicazione della presente sentenza e fino all'effettiva corresponsione, infine, dovranno essere corrisposti, su ciascuna delle somme totali sopra liquidate a titolo risarcitorio, gli ulteriori interessi al tasso legale suddetto (art. 1284, comma primo, cod. civ.), ai sensi dell'art. 1282 cod. civ., posto che, al momento della pubblicazione della sentenza, l'obbligazione risarcitoria, che ha natura di debito di valore, si trasforma in debito di valuta, con conseguente applicabilità degli istituti tipici delle obbligazioni pecuniarie in senso stretto, sulla somma globale composta da capitale, rivalutazione e coacervo degli interessi maturati fino alla data predetta (pubblicazione della sentenza: cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 3 dicembre 1999, n. 13470; Cass. civ., sez. III, 21 aprile 1998, n. 4030).

6.21. - Peraltro, è appena il caso di rammentare il principio, più volte evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui, nei debiti di valore (qual è senz'altro l'obbligazione risarcitoria) sia gli interessi legali (compensativi) sulla somma liquidata in favore del danneggiato, che la rivalutazione monetaria decorrono di diritto ed il giudice deve attribuirli d'ufficio anche in assenza di una specifica domanda della parte, senza con ciò incorrere in un vizio di ultrapetizione, quando quest'ultima abbia richiesto la condanna del debitore (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 27 marzo 1997, n. 2745). Del resto, altrettanto ricorrente è l'affermazione in base alla quale "La rivalutazione monetaria e gli interessi costituiscono una componente dell'obbligazione di risarcimento del danno e possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio e in grado di appello, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi compresi nell'originario "petitum" della domanda risarcitoria, ove non ne siano stati espressamente esclusi." (Cass. civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12234; Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2012, n. 5144).

7. - Gli attori, peraltro, hanno reclamato altresì il

risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla perdita di quei contributi patrimoniali o di quelle utilità economiche che – sia in relazione ai precetti normativi (artt. 143 e 433 cod. civ.), sia per la pratica di vita improntata a regole-etico sociali di solidarietà e di costume – il defunto avrebbe presumibilmente apportato alla propria famiglia. Al riguardo, giova rammentare come la giurisprudenza di merito abbia avuto modo di chiarire che "Ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno, sia esso derivante da fatto illecito extracontrattuale, che da responsabilità contrattuale, ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo, con la sottesa esigenza, pertanto, che il risarcimento non si risolva in una fonte di lucro per il danneggiato. È allora indubbio che nel caso di sinistro in cui ha perso la vita il coniuge, costituisca base di calcolo, per verificare quale sia l'effettiva entità del danno economico da risarcire, il reddito del coniuge defunto, occorrendo poi calcolare quale parte di tale reddito potesse costituire il cd. reddito utile, a tale fine sottraendo la quota che il defunto avrebbe riservato a sé e per i propri bisogni. Detta quota, ovviamente, varia in relazione alle variabili caratteristiche del nucleo familiare, considerando il numero dei suoi componenti, numero dei membri percettori di reddito, consistenza del singolo o dei plurimi redditi, tenore di vita). Per quanto, poi riguarda il danno patrimoniale futuro, risarcibile ai congiunti di chi sia deceduto a seguito di fatto illecito, esso può consistere o nella diminuzione di contributi o sovvenzioni oppure nella perdita di utilità economiche che, per legge o per solidarietà familiare, sarebbero state conferite dal soggetto scomparso. Ne consegue che, per ottenere il risarcimento di tale tipo di danno, l'attore ha l'onere di provare -anche per presunzioni, ex art. 2727 c.c. -una stabile contribuzione del defunto in proprio favore." (cfr., all'uopo, Tribunale di Bari, sez. civ. III, 20 giugno 2012, n. 2262).

7.1. - Pertanto, risultando non contestato, tra le parti, che l'attrice sig.ra M. P. fosse, all'epoca del decesso del marito, priva di occupazione e di redditi personali (cfr., all'uopo, le allegazioni sviluppate nell'atto di citazione introduttivo del presente giudizio e che non hanno formato oggetto di specifica contestazione ad opera della difesa dell'impresa designata convenuta) e tenuto conto sia delle condizioni economico – sociali del nucleo familiare del defunto sig. M. A. (come desumibili dalla documentazione prodotta in giudizio [cfr., all'uopo, gli statini – paga relativi all'anno 2007 del suddetto defunto, prodotti in copia dalla difesa degli attori: docc. contrassegnati dal numero "12"] dell'indice – foliaro relativo alla produzione di parte attrice] che dell'avvenuto riconoscimento, in favore dell'attrice sig.ra M. P. (quale coniuge del sig. M. A.) della cd. pensione di reversibilità [anch'essa comprovata alla stregua della documentazione prodotta in

giudizio dalla difesa degli attori (cfr., all'uopo, i docc. contrassegnati dai numeri "14", "15", "16" e "17" dell'indice – foliaro relativo alla produzione di parte attrice], può senz'altro essere condiviso il criterio adottato dalla difesa degli attori nella memoria di discussione depositata in Cancelleria in data 28 giugno 2013 e consistente nell'identificazione di tale posta di danno con la sommatoria delle differenze tra l'ammontare annuo della quota di reddito lavorativo che il sig. M. A. avrebbe, presumibilmente, destinato alla famiglia e l'ammontare annuo del reddito percepito dall'attrice sig.ra M.P.a titolo di pensione di reversibilità. In particolare, l'ammontare annuo della quota di reddito lavorativo che il sig. M. A. avrebbe, presumibilmente, destinato alla famiglia, ben può essere ottenuto applicando una decurtazione del 20% (venti per cento) all'importo del reddito annuo del "de cuius", a sua volta calcolato assumendo quale base quello dell'anno 2006 (ultimo ad essere percepito nella sua interezza dal defunto) ed operando la rivalutazione di quest'ultimo fino a giungere all'anno 2020 allorché il sig. M. A. avrebbe raggiunto il sessantacinquesimo anno di età, così come auspicato dalla difesa degli attori nella memoria di discussione sopra menzionata (cfr., all'uopo, le pagg. 15 e 16 della stessa). Del resto, tale criterio appare senz'altro equilibrato anche in ragione della semplice constatazione del fatto che la durata media di vita dei soggetti di sesso maschile risulta, alla stregua delle recenti rilevazioni "ISTAT", attestata intorno agli ottanta (80) anni ed è, dunque, sensibilmente più elevata rispetto a quanto indicato dalla difesa degli attori, ferma restando, inoltre, la maggiore sopravvivenza dei soggetti di sesso femminile, la cui età media di vita, infatti, risulta attestata intorno agli ottantaquattro (84) anni.

7.2. - Al fine della rivalutazione annua del reddito del defunto e delle pensioni di reversibilità percepite annualmente dall'attrice sig.ra M. P., possono essere utilizzati i coefficienti per la costituzione delle rendite vitalizie previsti dal Regio Decreto 9 ottobre 1922, n. 1403 (idonei ad esprimere il valore capitale di un rendita vitalizia i cui ratei annui siano corrispondenti alla aliquota di reddito perduta dal danneggiato), escludendo, però, qualsiasi forma di decurtazione a titolo di scarto tra la vita media, su cui sono modulati i coefficienti su indicati, e l'età lavorativa media di un uomo, e ciò tenuto conto dell'innalzamento della vita media e dell'età lavorativa rispetto ai dati considerati dalle tabelle previste in tale provvedimento normativo (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 2 luglio 2010, n. 15738). Questo giudice, infatti, non sconosce il fatto che la tabella allegata al R. D. 9 ottobre 1922, n. 1403 sia stata realizzata utilizzando i parametri di sopravvivenza della popolazione italiana riferiti al primo decennio del 1900. È evidente, infatti, che la vita media negli ultimi cento anni sia decisamente aumentata. Pertanto, al fine di effettuare una capitalizzazione con

valori che risultino più vicini a quelli che potrebbero ottenersi utilizzando dati riferibili alla vita media attuale, appare equo eliminare del tutto la sottrazione con la percentuale di scarto tra la vita lavorativa e la vita fisica.

7.3. - Pertanto, può senz'altro essere condivisa la liquidazione, in favore degli attori sigg. M. P., M. S., M. V. e M. G., in solido tra loro, di tale posta di danno, come invocata dalla difesa dei medesimi, nell'importo complessivo di €. 124.000,00 (euro centoventiquattromila/00), già determinato all'attualità e sul quale, peraltro, dovranno essere riconosciuti gli interessi legali, sempre al tasso previsto dall'art. 1284, comma primo, cod. civ., dalla pubblicazione della presente sentenza fino all'effettiva corresponsione (cfr., in tal senso, sempre le già citate Cass. civ., sez. III, 3 dicembre 1999, n. 13470; Cass. civ., sez. III, 21 aprile 1998, n. 4030) e non già dalla data dell'evento, trattandosi di voce di danno che matura progressivamente e che viene, pertanto, determinata e liquidata alla stregua di un criterio presuntivo fondato su una proiezione futura.

8. - È orientamento pacifico e consolidato, nella giurisprudenza della Suprema Corte, quello secondo cui, nel caso in cui intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse, è configurabile un danno biologico risarcibile, da liquidarsi in relazione alla effettiva menomazione della integrità psicofisica patita dal soggetto leso per il periodo di tempo indicato. Il diritto del danneggiato a conseguire il risarcimento è trasmissibile agli eredi, che possono agire in giudizio nei confronti del danneggiante "iure haereditatis". In questo caso, l'ammontare del danno biologico (cd. "terminale") sarà commisurato soltanto all'invalidità temporanea, per il tempo di permanenza in vita, e tuttavia la sua liquidazione dovrà tenere conto, nell'adeguare l'ammontare del danno alle circostanze del caso concreto, del fatto che, se pure temporaneo, tale danno è massimo nella sua entità ed intensità, tanto che la lesione alla salute è così elevata da non essere suscettibile di recupero ed esitare nella morte (cfr., in tal senso ed "ex permultis", Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15491; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2004, n. 3549; Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2009, n. 23053, a mente della quale "l'ammontare del danno biologico, che gli eredi del defunto richiedono iure successionis, va calcolato non con riferimento alla durata probabile della vita del defunto, ma alla sua durata effettiva").

8.1. - Si tratta di un danno – ha chiarito la Suprema Corte – nel quale i fattori della personalizzazione debbono valere in un grado assai elevato e, per questa ragione, non può essere liquidato attraverso l'applicazione automatica dei criteri contenuti nelle tabelle utilizzate dai Tribunali, ma deve essere compiutamente adeguato al caso concreto (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2007, n. 7632; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2003, n. 3549), tenendo conto, poi, della durata effettiva della vita.

8.2. - Il danno biologico terminale, quale pregiudizio della salute che pur se temporaneo è massimo nella sua entità ed intensità (cfr. Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2004, n. 3549), in quanto conduce a morte un soggetto in un sia pure limitato ma apprezzabile lasso di tempo (cfr. Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2005, n. 3766), è stato ravvisato come “*sempre esistente*”, per effetto della “*percezione*”, “*anche non cosciente*”, della gravissima lesione dell’integrità personale della vittima nella fase terminale della sua vita (cfr. Cass. civ., sez. III, 28 agosto 2007, n. 18163; Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2007, n. 21976).

8.3. - Sulla scorta di tali principi, può pertanto escludersi il diritto degli istanti al riconoscimento, “*iure haereditatis*”, di un danno biologico terminale del defunto sig. M.A., atteso che il decesso di quest’ultimo intervenne, pacificamente, a distanza di pochi minuti (circa venti) dalla verifica dell’evento dannoso, tanto da essere constatato dagli stessi agenti di Polizia Municipale intervenuti sul luogo del sinistro stradale [cfr., all’uopo, il rapporto della Polizia Municipale già più volte sopra menzionato e nel quale testualmente si legge: “*Decesso constatato ore 16.10*”]. Trattasi, dunque, di un lasso temporale estremamente ridotto, tale da non soddisfare la condizione posta dalle citate sentenze della Suprema Corte affinché possa ritenersi che vi sia stato un periodo di sopravvivenza valevole a consentire la maturazione in capo al “*de cuius*” di un danno biologico e morale, suscettibile di poter essere poi trasferito agli aventi causa a titolo ereditario; pertanto nulla può essere riconosciuto agli attori a tale titolo, con conseguente rigetto della relativa richiesta.

8.4. - Nemmeno può essere riconosciuto, infine, alcun risarcimento del danno morale *iure haereditario*. Tale danno (cd. danno morale terminale) mira al ristoro del danno subito dalla vittima per la sofferenza provata nel consapevolmente avvertire l’ineluttabile approssimarsi della propria fine, per la cui configurabilità assume rilievo, in luogo dell’apprezzabile intervallo di tempo tra lesioni e decesso della vittima (rilevante per il danno biologico terminale), il diverso criterio dell’intensità della sofferenza provata (cfr. Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15491; Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2010, n. 8360), rilevante sotto il profilo del danno morale, provocata dalla cosciente percezione da parte della vittima delle “*conseguenze catastrofiche delle lesioni*” (cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11601).

8.5. - Il danno non patrimoniale in questione è quindi finalizzato al ristoro “*della paura di dover morire, provata da chi abbia patito lesioni personali e si renda conto che esse saranno letali, ed è risarcibile soltanto se la vittima sia stata in grado di comprendere che la propria fine era imminente, sicché, in difetto di tale consapevolezza, non è nemmeno concepibile l’esistenza del danno in questione, a nulla rilevando che la morte sia stata effettivamente causata dalle lesioni*” (cfr., all’uopo, Cass. civ.,

sez. III, 13 giugno 2014, n. 13537; si vedano anche Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 e Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973).

8.6. - Nel caso di specie, non vi è stata né allegazione specifica, né prova alcuna che il sig. M.A. abbia avuto percezione delle conseguenze ineluttabili dell’evento, non avendo gli istanti minimamente inteso offrire, a questo giudice, elementi valevoli a dimostrare tale circostanza [cfr., all’uopo, la memoria istruttoria depositata in Cancelleria in data 4 luglio 2012, ai sensi dell’art. 183, comma sesto, n. 2), cod. proc. civ.; cfr., altresì, le allegazioni sviluppate nell’atto di citazione nonché nella memoria depositata in Cancelleria in data 5 giugno 2012, ai sensi dell’art. 183, comma sesto, n. 1), cod. proc. civ., nelle quali, infatti, il tema relativo alla percezione, da parte del sig. M.A., dell’ineluttabilità dell’evento morte non è stato minimamente sfiorato]. Peraltro, è appena il caso di evidenziare come tale circostanza possa, alla stregua delle risultanze istruttorie, essere ragionevolmente esclusa risultando, piuttosto, evidente, dalle deposizioni fornite dai testimoni escussi nel corso del presente giudizio, come il sig. M. A. ebbe a perdere conoscenza nell’immediatezza della verifica dell’evento dannoso [cfr., in particolare, la deposizione fornita dal testimone sig. R. A. all’udienza del 21 febbraio 2013 e documentata nel verbale relativo a quest’ultima (“*la persona era a terra, con il casco allacciato, che aveva ancora allacciato, ma non dava segni di vita quando la chiamavamo*”)].

8.7. - Per quanto riguarda il danno da perdita della vita, è appena il caso di evidenziare come il supremo organo di nomofilachia abbia recentemente chiarito che “*Nel caso di morte immediata o che segua entro brevissimo lasso di tempo alle lesioni non può essere invocato un diritto al risarcimento del danno iure hereditatis. Se, infatti, è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone necessariamente l’esistenza di un soggetto di diritto*” (cfr., all’uopo, Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350).

8.8. - Alla stregua delle considerazioni finora sviluppate, devono senz’altro essere rigettate le domande giudiziali dirette al conseguimento, in favore degli attori, di un risarcimento del danno cd. “*iure haereditario*”.

9. - Da ultimo, è appena il caso di precisare come la sommatoria delle voci di danno sopra riconosciute in favore degli attori risulti complessivamente pari all’ammontare di €. 1.377.248,00 (euro unmilliontrecentosettantasettemiladuecentiquarantotto/00), tale, dunque, da non superare il massimale vigente all’epoca dell’evento dannoso e che – come indicato dalla difesa della convenuta impresa designata nella memoria depositata in Cancelleria in data 5 giugno 2012, ai sensi dell’art. 183, comma sesto, n. 1), cod. proc. civ.

(cfr., all'uopo, la quinta pagina di tale atto) – risultava pari ad €. 1.500.000,00 (euro unmilioneicinquecentomila/00).

9.1. - Peraltro, è appena il caso di precisare come la liquidazione sopra operata, sebbene sensibilmente superiore all'importo complessivo di €. 1.141.530,00 (euro unmilioneicentoquarantunmilacinquecentotrenta/00) richiesto dalla difesa degli attori in sede di precisazione delle conclusioni (contenute nella memoria di discussione depositata in Cancelleria in data 28 giugno 2013), non comporti alcuna violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 cod. proc. civ.), atteso che la suddetta somma di €. 1.141.530,00 (euro unmilioneicentoquarantunmilacinquecentotrenta/00) risulta richiesta al netto di rivalutazione monetaria ed interessi compensativi (anch'essi formanti oggetto di richiesta da parte della difesa degli istanti), laddove, invece, la liquidazione operata da questo giudice risulta comprensiva di tali accessori.

10. - In applicazione del principio di causalità (art. 91 cod. proc. civ.), le spese di lite seguono la soccombenza dell'impresa designata convenuta e si liquidano come da dispositivo.

10.1. - Va osservato, al riguardo, che il Decreto-Legge 24 gennaio 2012, n. 1 (in G.U. 24 gennaio 2012, n. 19), recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, ha previsto, all'art. 9, comma 1, l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico.

10.2. - L'art. 9 citato, al comma 2, prevede che – ferma restando l'abrogazione delle tariffe – “*nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del ministro vigilante*”. Nella specie, tale regolamento è da identificarsi, anche in ragione di quanto attualmente previsto dall'art. 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (recante “*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*”), con il Decreto del Ministro della Giustizia 10 marzo 2014, n. 55.

10.3. - Deve, peraltro, disporsi, ai sensi dell'art. 93 cod. proc. civ., la distrazione delle spese di lite in favore dell'avv. F. V., difensore degli attori sigg. M.P., M. S., M. V. e M. G. e dichiaratosi anticipatario delle stesse (cfr., all'uopo, le conclusioni rassegnate nella memoria di discussione depositata in Cancelleria in data 28 giugno 2013).

10.4. - Peraltro, nel computo delle cd. “*spese vive*” dovrà tenersi conto altresì di quelle relative alla disposta Consulenza Tecnica d'Ufficio, liquidate come da provvedimento in atti in misura pari ad €. 1.329,03 (euro milletrecentoventinove/03), oltre I.V.A. e contributo assistenziale e previdenziale come per legge, in favore dell'ausiliario di questo giudice, e provvisoriamente fatte gravare sull'attrice sig.ra M. P., nonché del

compenso richiesto, agli attori, dal Consulente Tecnico di parte e comprovato alla stregua della documentazione prodotta in allegato alla memoria istruttoria depositata in Cancelleria in data 4 luglio 2012, ai sensi dell'art. 183, comma sesto, n. 2), cod. proc. civ..
(*omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** Il fatto storico. – **2.** Richiesta di risarcimento al Fondo di Garanzia vittime della strada. Presupposti. – **3.** I danni non patrimoniali c.d. da morte. – **4.** La decisione.

Premessa

Con l'annotata sentenza il Tribunale di Napoli offre la possibilità di effettuare un excursus in tema di danni richiedibili per la morte di un congiunto a seguito di un sinistro stradale, indicando e richiamando anche la giurisprudenza di legittimità in relazione ai presupposti della richiesta ed all'onere probatorio incombente sulle parti.

1. Il fatto storico

La res controversa riguardava un incidente stradale a seguito del quale un motociclista investito perdeva la vita. Sul posto interveniva la polizia che rilevava il decesso dell'investito nonché l'assenza sul posto del veicolo investitore che, a mezzo di dichiarazioni delle persone presenti, veniva descritto come un furgone bianco. I congiunti della vittima, atteso l'allontanamento dal luogo del sinistro del veicolo investitore proponevano azione di risarcimento al Fondo di Garanzia vittime della strada. Le circostanze rilevanti del caso sono dunque costituite: dalla non individuazione del veicolo investitore; dal brevissimo lasso di tempo intercorso tra l'incidente ed il decesso, che fu per l'appunto rilevato dagli agenti di polizia intervenuti sul posto.

2. Richiesta di risarcimento al Fondo di Garanzia vittime della strada. Presupposti

Oggetto del giudizio è la richiesta di risarcimento avanzata dagli eredi della vittima al Fondo di Garanzia vittime della strada sicché, la prima questione su cui il Giudice ha dovuto statuire, è rappresentata dalla verifica dei presupposti necessari per tale tipo di domanda.

Come è noto, in caso di sinistro stradale cagionato da veicolo non identificato, il soggetto danneggiato può promuovere richiesta di risarcimento dei danni patiti al “Fondo di garanzia per le vittime della strada” istituito presso la Consap S.p.a. (Concessionaria servizi assicurativi pubblici). Tuttavia, affinché la vittima possa agire nei confronti del Fondo dovrà provare:

- che il sinistro si è verificato per condotta dolosa o colposa del conducente di un altro veicolo;

- che il veicolo danneggiante sia rimasto sconosciuto e che la mancata identificazione non sia imputabile alla stessa vittima, la quale deve aver agito usando la necessaria diligenza.

In relazione al secondo requisito, ad esempio, ipotesi di “incolpevole mancata identificazione” del veicolo investitore possono essere rappresentate dal forte stato confusionale della vittima a seguito del sinistro, dalle sue cattive condizioni psicofisiche o da una limitata capacità visiva. In ogni caso, non si richiede che il danneggiato conduca articolate o complesse indagini personali, essendo sufficiente dimostrare che «l'identificazione sia stata impossibile per circostanze obiettive, da valutare caso per caso, e non imputabili a negligenza della vittima»¹.

Una prova della incolpevole mancata identificazione del veicolo può essere anche fornita tramite la presentazione di una denuncia o querela contro ignoti presentata alle competenti autorità e con la conseguente infruttuosa chiusura delle indagini. Ebbene, proprio sulla necessità o meno della denuncia-querela da parte della vittima, in passato la giurisprudenza si è divisa. Una parte, anche se minoritaria, riteneva che l'onere di diligenza a cui la vittima sarebbe tenuta, possa assolversi solo mediante «formale denuncia dei fatti ed esaustiva esposizione degli stessi», non potendosi viceversa addebitare al danneggiato l'onere di ulteriori indagini articolate o complesse². Secondo tale orientamento, è la natura pubblicistica della costituzione del Fondo di garanzia ad imporre al danneggiato una condotta “diligente” mediante formale denuncia oppure mediante esposizione esaustiva dei fatti a chi alla denuncia o referto è tenuto. In senso opposto, altra e dominante giurisprudenza ha ritenuto invece che, la vittima di un sinistro stradale causato da un veicolo non identificato non ha alcun onere od obbligo di presentare una denuncia od una querela contro ignoti. L'omissione della denuncia non sarebbe infatti che un mero indizio, da valutare nel contesto delle complessive risultanze istruttorie, per stabilire se il diritto al risarcimento da parte del Fondo sussiste o meno³.

Il Giudice, con l'annotata sentenza, aderisce a tale secondo orientamento così pronunciandosi «Del resto, tale conclusione risulta confortata dalla recente giurisprudenza di legittimità che ha posto in evidenza come l'omessa denuncia all'autorità non sia idonea, in sé, ad escludere che il danno sia stato effettivamente cagionato da veicolo non identificato; così come l'intervenuta denuncia o querela contro ignoti non valga, in sé stessa, a dimostrare che tanto sia senz'altro accaduto. Entrambe le evenienze devono, invece, essere apprezzate in relazione alle caratteristiche delle singole fattispecie, non suscettibili di tipizzazioni astratte, e

considerate potenzialmente idonee a suffragare l'una o l'altra conclusione del Giudice di merito nell'ambito della ragionevole valutazione complessiva delle risultanze processuali demandata al suo prudente apprezzamento». In definitiva per il Tribunale di Napoli ciò che conta non è l'esito della ricerca, bensì la diligenza posta nell'individuazione del veicolo pirata sicché non possono ritenersi requisiti necessari per la proponibilità della domanda, né la presentazione di una denuncia-querela né tantomeno l'intervenuta chiusura delle indagini.

3. I danni non patrimoniali c.d. da morte

Ritenuta proponibile nonché fondata la domanda, il Giudice ha dovuto conseguenzialmente pronunciarsi sui danni non patrimoniali richiesti dagli attori.

Per danno non patrimoniale si intende ogni conseguenza negativa, non suscettibile di valutazione economica, che sia conseguenza della lesione di un interesse inerente alla persona e tutelato costituzionalmente.

Nelle ipotesi in cui il comportamento illecito di un soggetto causi il decesso di un altro soggetto, possono configurarsi due ipotesi di danni non patrimoniali: i danni subiti dalla vittima (biologico, morale etc.) che si concretizzano nella sfera giuridica dello stesso; ed i danni subiti personalmente dai superstiti per la perdita del proprio congiunto.

- In merito ai danni subiti dalla vittima e richiedibili *iure hereditatis* dai superstiti, occorre innanzitutto precisare, come d'altronde ricordato anche dal Giudice partenopeo, che di recente le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno escluso l'esistenza di un danno da “perdita della vita” che possa essere trasmesso agli eredi. Gli Ermellini, difatti, con la sentenza n. 15350 del 22 luglio 2015 hanno precisato come l'irrisarcibilità derivi «non dalla natura personalissima del diritto leso (...) ma dalla assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui si verifica, sia collegabile la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito, ovvero dalla mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo ...*omissis*... nel caso di morte cagionata da atto illecito, il danno che ne consegue è rappresentato dalla perdita del bene giuridico “vita” che costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente»⁴.

Differentemente, poiché entrati a far parte del patrimonio del *de cuius*, sono richiedibili *iure hereditatis* il danno biologico sofferto dal danneggiato dal dì dell'evento e sino al decesso (c.d. danno biologico terminale), nonché le sofferenze interiori riconducibili all'agonia di chi vede con lucidità l'approssimarsi della propria fine (c.d. danno morale terminale o danno catastrofico). Tali fattispecie dannose tuttavia presuppongono differenti condizioni di risarcibilità.

¹ Cass. civ., 13 gennaio 2015, n. 274.

² Cass. civ., 13 luglio 2011, n. 15367.

³ Cass. civ., 2 settembre 2013, n. 20066; Cass. civ., 3 settembre 2007, n. 18532.

⁴ Cass., sez. un., 22 luglio 2015 n. 15350.

La dominante giurisprudenza della Corte di Cassazione sostiene difatti che, ai fini del riconoscimento del danno biologico terminale, è sufficiente che lo stato di invalidità antecedente al decesso perduri *quodam tempore* (apprezzabile lasso di tempo), a prescindere dal fatto che il soggetto leso abbia avuto coscienza della gravità delle lesioni e della ineluttabilità del loro esito⁵. Per danno “catastrofale” invece si intende il danno morale puro subito dalla vittima che è consapevole della gravità delle sue condizioni e attende lucidamente, benché atterrita, l’approssimarsi ineluttabile della morte. Va da sé che il riconoscimento del diritto al risarcimento, è in questo caso subordinato alla precisa prova che la vittima stessa, nel tempo precedente la morte, si sia mantenuta lucida ed abbia potuto presagire l’inevitabile evento morte, con conseguente sofferenza morale massima⁶.

Richiamando ed applicando i suesposti principi al caso de quo, il Giudice napoletano ha rigettato la domanda proposta dagli attori *iure hereditatis*. Da un lato, infatti, non ha ravvisato la ricorrenza nel caso di specie, di un sufficiente lasso di tempo tra evento e decesso, necessario ai fini della concretizzazione di un danno biologico terminale «può pertanto escludersi il diritto degli istanti al riconoscimento, *iure haereditatis*, di un danno biologico terminale del defunto sig. M.A., atteso che il decesso di quest’ultimo intervenne, pacificamente, a distanza di pochi minuti (circa venti) dalla verifica dell’evento dannoso, tanto da essere constatato dagli stessi agenti di Polizia Municipale intervenuti sul luogo del sinistro stradale»; dall’altro ha escluso la risarcibilità del danno catastrofico per assenza di idonea prova della lucida agonia sofferta dalla vittima «Nel caso di specie, non vi è stata né allegazione specifica, né prova alcuna che il sig. M.A. abbia avuto percezione delle conseguenze ineluttabili dell’evento, non avendo gli istanti minimamente inteso offrire, a questo giudice, elementi valevoli a dimostrare tale circostanza».

- Diversamente il Tribunale partenopeo ha accolto la domanda proposta dagli attori *iure proprio* per la perdita del congiunto. Il danno da perdita del rapporto parentale consiste nella privazione di un valore non economico ma personale, costituito dalla irreversibile perdita del godimento del congiunto e dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali. Esso, inoltre, pur consistendo sia nella sofferenza patita nel momento in cui la perdita viene percepita, sia nella sofferenza che si proietta in modo dinamico sul futuro accompagnando dolorosamente l’esistenza della persona che l’ha subita, in ogni caso non può che liquidarsi unitariamente secondo l’insegnamento delle Sezioni Unite per le quali «è inammissibile, costi-

tuendo una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione, al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza di un fatto illecito, del risarcimento a titolo di danno da perdita del rapporto parentale e del danno morale, poiché esso non costituisce che un aspetto del più generale danno non patrimoniale»⁷.

Nella liquidazione del danno in questione deve tenersi conto dell’intensità del vincolo di parentela e di ogni ulteriore circostanza – allegata e provata dagli interessati – quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita e di frequentazione, la situazione di convivenza, l’età della vittima e dei singoli superstiti etc.⁸.

Ebbene come più volte ribadito dalla Suprema Corte, ai fini dell’accoglimento di una domanda per il risarcimento del danno parentale, è sufficiente per l’istante allegare specificamente le suddette circostanze ben potendosi poi utilizzare anche la prova presuntiva per affermare l’esistenza del menzionato danno non patrimoniale⁹. Nello specifico secondo gli Ermellini, se è rilevante ai fini della quantificazione fornire la prova del tipo di rapporto esistente con il defunto, della sua intensità, della sua continuità, delle rispettive abitudini di vita, al fine di far emergere il contenuto effettivo del pregiudizio da ristorare a ciascuno dei parenti; in assenza di tale prova, tuttavia, è possibile ricorrere ad una prova del danno di tipo presuntivo in base alla quale, il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, pur non essendo mai *in re ipsa* dovendo essere debitamente dedotto, può essere desunto e riconosciuto in base al notorio ovvero ricorrendo a presunzioni semplici fondate anche su regole di esperienza e di tipo statistico¹⁰.

4. La decisione

In conformità a quanto appena esposto anche il Giudice napoletano in sentenza, dopo aver premesso che il danno per la perdita della relazione parentale si concretizza in una modificazione (peggiorativa) della personalità dell’individuo, conseguenza della subita alterazione e della privazione (oltre che di quello materiale anche) del rapporto personale con lo stretto congiunto nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore) cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell’altro, ha poi ritenuto che «tale compromissione della personalità dell’individuo in ipotesi tragiche come quella di specie deve dunque sicuramente presumersi, in quanto rispondente all’*id quod plerumque accidit*, fino a prova contraria gravante sul danneggiante».

⁷ Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

⁸ Cass. civ., 22 ottobre 2013, n. 23917; Cass. civ., 17 gennaio 2013, n. 1025; Cass. civ., 12 novembre 2013, n. 25415.

⁹ Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1203; Cass. civ., 19 novembre 2009, n. 24435.

¹⁰ Cass. civ., 15 luglio 2005, n. 15022.

⁵ Cass. civ., 8 luglio 2014, n. 15491; Cass. civ., ord. 26 luglio 2016, n. 15395.

⁶ Cass. civ., 31 ottobre 2014, n. 23183; Cass. civ., 21 marzo 2013, n. 7126.

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Art. 380-bis c.p.c. – Decreto di fissazione dell'adunanza in camera di consiglio e proposta del relatore – Notificazione a mezzo posta elettronica certificata

La notificazione del decreto di fissazione dell'adunanza in camera di consiglio e della proposta del relatore, ex art. 380-bis c.p.c., ove eseguita successivamente all'emanazione del d.m. Giustizia del 19.1.2016, va necessariamente compiuta per via telematica, ex art. 16, comma 4, del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 221 del 2012, salvo quanto previsto dai successivi commi 6 ed 8 del d.l. cit., per il caso di impossibilità, imputabile o meno al destinatario, di ricorrere alla posta elettronica certificata.

Cass., sez. II, ord. 13 marzo 2017, n. 6369, Pres. Petitti, Est. Giusti

Avvocato domiciliatario cancellatosi volontariamente dall'albo – notificazione dell'atto di gravame avvenuta mediante consegna dell'atto al medesimo difensore successivamente a detta cancellazione – nullità – fondamento – conseguenze

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

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

Concordato preventivo – Diniego di omologazione in sede di reclamo – Mancata dichiarazione di fallimento dell'imprenditore – Ricorso ex art. 111 cost. – Successiva dichiarazione di fallimento – Conseguenze di natura processuale

Le Sezioni Unite, decidendo la corrispondente questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che la sopravvenuta dichiarazione del fallimento comporta l'inammissibilità delle impugnazioni autonomamente proponibili contro il diniego di omologazione del concordato preventivo e, comunque, l'improcedibilità del separato giudizio di omologazione in corso, perché l'eventuale procedimento di reclamo ex art. 18 L.Fall. assorbe l'intera controversia relativa alla crisi dell'impresa, mentre il giudicato sul fallimento preclude, in ogni caso, il concordato.

Cass., sez. un., 10/04/2017, n. 9146, Pres. Canzio, Est. Nappi

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., sez. VI, 05 dicembre 2016, n. 24743, Pres. Petitti, Est. Petitti

Lavoratori dello spettacolo – Prolungamento dell'età pensionabile ex art. 3, comma 7, del d.l. n. 64 del 2010, conv., con modif., dalla l. n. 100 del 2000 – Possibile violazione del principio di non discriminazione in base al sesso – Pregiudiziale comunitaria

La Sezione Lavoro ha sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ex art. 267 TFUE, sull'inter-

pretazione del principio di non discriminazione in base al sesso, di cui alla Direttiva n. 2006/54/CE ed all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per un potenziale conflitto con l'art. 3, comma 7, del d.l. n. 64 del 2010, conv., con modif., dalla l. n. 100 del 2000, nella parte in cui fissa il limite massimo per l'esercizio dell'opzione di permanenza in servizio, oltre l'età pensionabile fissata a quarantacinque anni, in quarantasette anni per le donne e cinquantadue per gli uomini.

Cass., sez. lav., ord. inter. 09 marzo 2017, n. 6101, Pres. Napoletano, Est. Lorito

Opere di ristrutturazione edilizia – Interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti – art. 1669 c.c. – Applicabilità

Le Sezioni Unite, componendo il relativo contrasto, hanno stabilito che l'art. 1669 c.c. è applicabile, ricorrendone tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti, che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest'ultimo.

Cass., sez. un., 27 marzo 2017, n. 7756, Pres. Di Palma, Est. Manna

Ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe ex art. 140-bis del d.lgs. n. 206 del 2005 – ricorso straordinario per cassazione – Inammissibilità – Ragioni – Riproponibilità dell'azione – Limiti

Le Sezioni Unite hanno stabilito che, ove l'azione di classe di cui all'art. 140-bis del d.lgs. n. 206 del 2005 sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche di un interesse collettivo, l'ordinanza di inammissibilità adottata dalla corte di appello, in sede di reclamo, non è impugnabile con il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., essendo il medesimo diritto tutelabile attraverso l'azione individuale volta ad ottenere il risarcimento del danno, e che tale dichiarazione di inammissibilità preclude la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti, ma non ad opera di chi non abbia aderito all'azione oggetto di quella declaratoria.

Cass., sez. un., 01 febbraio 2017, n. 2610, Pres. Rordorf, Est. Petitti

Rapporto di durata – pretese creditorie conseguenti – Frazionamento giudiziale – Possibilità – Limiti

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

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

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., sez. III, 22 novembre 2016, n. 23710, Pres. Spirito, Est. Vincenti

Società pubbliche costituite in forma di società di capitali – Fallibilità – Sussistenza

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

Cass., sez. I, 07 febbraio 2017, n. 3196, Pres. Nappi, Est. Ferro

a cura di
 Antonio De Simone
 Avvocato
 Fabrizia Abbate
 Dottoressa in giurisprudenza

Rassegna di merito

Ammissione al passivo: non impedisce il fallimento in estensione del socio occulto illimitatamente responsabile

L'ammissione, in via definitiva, del socio al passivo del fallimento di una società non impedisce l'estensione della procedura fallimentare a quest'ultimo, ex art. 147 L.F., qualora ne venga accertata la qualità di socio occulto illimitatamente responsabile.

La situazione di socio occulto di una società in accomandita semplice non è idonea, anche qualora la società sia irregolare, a far presumere la qualità di accomandatario, occorrendo, viceversa, accertare di volta in volta, la posizione in concreto assunta dal socio.

Il socio occulto accomandante assume una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, ai sensi dell'art. 2320 c.c., solo ove contravenga al divieto di compiere atti di amministrazione o di trattare o concludere affari in nome della società.

Cass. civ., sez. I, 23 dicembre 2016, Pres. Bernabai - Rel. Terrusi

Assegno: la banca non risponde di furti di moduli in bianco se dotata di adeguati presidi di sicurezza

La banca non può essere chiamata a rispondere di quanto oggetto di furti segnalati di moduli in bianco, in presenza di adeguati presidi di sicurezza.

Per escludere la responsabilità aquiliana è sufficiente dimostrare di aver installato un sistema d'allarme.

Cass. Civ. sez. I, 3 febbraio 2017, Pres. Giancola - Rel. Acierno

Concordato preventivo: inammissibile la richiesta di scioglimento dei contratti pendenti nella c.d. "fase in bianco"

È inammissibile, durante la fase del concordato preventivo cd. in bianco, la richiesta di scioglimento ex art. 169 L.F. dei contratti pendenti, risultando possibile, al più, procedere in questa ipotesi alla sola sospensione dei rapporti in corso.

Se il parametro di riferimento sulla cui scorta va accolta o meno l'istanza di scioglimento, è la compatibilità strategica tra quest'ultimo e la proposta concordataria, va da sé che in assenza di deposito del piano, ogni valutazione in ordine alla legittimità della richiesta appare preclusa.

Trib. Rovigo, 27 settembre 2016, Pres. D'Amico - Rel. Martinelli

Concordato preventivo: inammissibile domanda proposta dopo decisione su istanza di fallimento

La domanda di concordato preventivo proposta dopo la decisione sull'istanza di fallimento, ma prima della pubblicazione della relativa sentenza dichiarativa, è inammissibile, atteso che il momento della pronuncia di quest'ultima va identificato con quello della deliberazione della decisione, mentre la successiva stesura della motivazione, la sottoscrizione e la conseguente pubblicazione non incidono sulla sua sostanza, né il fallendo può pretendere la revoca di una decisione già assunta e la retrocessione del processo alla fase istruttoria a seguito della tardiva presentazione di una domanda concordataria su cui il collegio non è più tenuto a statuire.

Cass. civ., sez. VI, 17 agosto 2016, Pres. Dogliotti - Rel. Cristiano

Contratti bancari: validi anche in mancanza della firma della Banca

La nullità prescritta dall'art. 117 TUB è una nullità di protezione posta a presidio della parte debole del rapporto bancario, diretta ad assicurare la piena presa di conoscenza da parte del cliente delle clausole e delle condizioni che vengono predisposte dalla Banca nel rapporto con il cliente.

Tale nullità, può quindi, essere invocata, solo quando difetti il requisito formale a difesa del quale viene concessa la tutela, pertanto, non può essere utilizzata come strumento con il quale contestare indistintamente gli aspetti del

contratto bancario che non vengono reputati legittimi.

Trib. Cuneo, 19 agosto 2016, Giud. M. Scarabello

Ipoteca giudiziale: in via d'urgenza non può disporsi né la cancellazione né la riduzione

La natura strumentale e provvisoria del procedimento ex art. 700 c.p.c. non si adatta alla definitività ed immutabilità richiesta dall'art. 2884 c.c. per la cancellazione dell'ipoteca, che esige invece, una decisione dotata del massimo dell'intangibilità, ossia una statuizione giurisdizionale passata in giudicato o, comunque, dotata di definitività.

Gli effetti della riduzione di ipoteca non sono molto dissimili da quelli che si verificano per l'ipotesi di cancellazione d'ipoteca; essa, pertanto, deve essere assoggettata in via di interpretazione estensiva o analogica alla disposizione e, così, al principio di cui all'art. 2884 c.c.

Trib. Napoli, 27 febbraio 2017, Giud. D. Ragozini

Leasing: è preclusa ogni valutazione circa l'entità della penale contrattuale, ove non intervenuto il rilascio del bene immobile locato

Per decidere se apportare, o meno, una riduzione, e di quale entità, all'indennità convenzionalmente stabilita dalle parti il giudice dovrà avere riguardo, in relazione all'ammontare complessivo delle rate riscosse, al valore obiettivo della cosa, al tempo per il quale il compratore ne ha avuto l'uso e il godimento e allo stato in cui viene restituita.

Trib. Roma, 17 febbraio 2017, Giud. D. Gaetano

Manipolazione Euribor: esclusa ove non provata l'intesa diretta a concertare le segnalazioni

Una serie di specifiche cautele sono previste dalla legge contro il rischio di manipolazioni del tasso Euribor ad opera di uno o più degli attori del mercato interbancario, atteso che la segnalazione avviene su base volontaria, il tasso non viene rilevato se non partecipano al procedimento almeno 12 Banche ed il computo totale non contempla il 15% dei valori più alti e più bassi.

È evidente che l'esistenza di un'intesa tra Banche diretta a concertare le segnalazioni al fine di influenzare il risultato del calcolo finale, può determinare la violazione dell'art. 101 del trattato UE soltanto a condizione che: 1) sia provata l'intesa manipolativa; 2) dell'intesa sia parte la Banca in questione.

In ogni caso nessuna contestazione può essere opposta alle banche che non rientrano nel novero degli intermediari finanziari segnalanti ai sensi della disciplina sopra richiamata.

Trib. Bologna, 6 dicembre 2016, Giud. M. Velotti

Mutuo: per il perfezionamento è sufficiente la semplice disponibilità giuridica della somma

Il contratto di mutuo è un contratto reale, che quindi si perfeziona con la consegna della somma data a mutuo, tuttavia è sufficiente la semplice disponibilità giuridica di detta somma che può ritenersi sussistente, come equipollente della tradizione, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario.

Trib. Napoli, 23 marzo 2017, Giud. R. Peluso

Responsabilità notaio: il dovere di diligenza non si esaurisce nella consultazione carta di identità

Il dovere del notaio – nell'accertamento dell'identità delle parti comparenti – non si esaurisce nella consultazione dei documenti d'identità, in quanto privi di forza certificatrice generale, ma richiede lo svolgimento di ulteriori attività idonee a consolidare la certezza del notaio della veridicità delle informazioni acquisite, che convincano, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'esatta dell'identità dei soggetti. Invero, la legge consente l'utilizzo dei fidefacienti, i quali svolgono il compito di attestare, nei confronti del notaio quale sia esattamente l'identità del costituito sconosciuto al pubblico ufficiale.

La procedura di accertamento dell'identità prevista dalla legge, fa capo esclusivamente al notaio, mentre tutte le attività poste in essere dalla banca sono tutte estranee a tale dovere e sullo stesso non incidenti; peraltro, tali attività possono essere svolte sulla base della sola documentazione d'identità perché non è previsto per esse un dovere assoluto di certezza che, invece, è imposto al notaio al momento del rogito dell'atto pubblico. Se dagli atti pubblici redatti dal notaio depositati in giudizio non emerga alcuna ulteriore attività svolta dallo stesso ai fini dell'accertamento delle attività identificative, che vada oltre la mera consultazione delle carte d'identità, tali risultanze non sono suscettibili di essere rettifiche o integrate per via testimoniale con l'espletamento dell'istruttoria orale.

Trib. Pescara, 2 settembre 2015, Giud. S. Casarella

Ripetizione indebito: meramente esplorativa la CTU basata solo sugli estratti conto

In materia di ripetizione di indebito, grava sull'attore l'onere di allegare e provare i fatti a sostegno della domanda, producendo in giudizio i singoli contratti di cui deduce la nullità.

È meramente esplorativa la CTU espletata solo su estratti conto e lista movimenti, che non abbia ad oggetto lo specifico esame dei contratti contestati.

Trib. Alessandria, 24 ottobre 016, Giud. P. Cazzato

Usura: il cliente deve indicare periodi temporali, tasso applicato dalla Banca e tasso vigente

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, grava sul cliente-opponente l'onere di indicazione dei singoli periodi temporali in cui si sarebbe realizzato il superamento del tasso soglia e della specifica allegazione del tasso applicato in concreto dalla Banca e del tasso vigente.

L'assenza di allegazione dei fatti costitutivi della domanda produce la decadenza dell'attore non surrogabile dalla esibizione di fatto nel proprio fascicolo di atti e documenti, né tantomeno da una ricerca officiosa del giudice in violazione del dovere di terzietà ed imparzialità.

Trib. Taranto, 6 dicembre 2016, Giud. A. Munno

Usura: il premio assicurativo non va incluso nel calcolo del TEG ante 2010

Nel caso di cessione del quinto dello stipendio, il premio assicurativo, pur indubitabilmente costituendo un costo per il mutuatario, non rappresenta ex se una forma di remunerazione del credito, pertanto non può essere incluso nel calcolo del TEG pro tempore

Trib. Torino, 16 luglio 2014, Giud. B. Conca

Usura: la commissione di anticipata estinzione può essere computata solo ove concretamente applicata

In tema di usura, la cd. commissione di anticipata estinzione, secondo il principio dell'effettività degli oneri eventuali, può essere computata ai fini della verifica del rispetto del tasso soglia solo ove, oltre ad essere stata promessa, sia stata anche effettivamente applicata, trattandosi di onere eventuale.

Sostenere, infatti, che il tasso soglia ex L. 108/1996 sarebbe superato per effetto dell'inclusione nel TAEG dell'incidenza percentuale della penale per l'estinzione anticipata del mutuo, finisce per postulare una sorta di "tasso sommatoria" fra voci affatto eterogenee per natura e funzione, quali gli interessi corrispettivi e la penale. Gli interessi attonano alla fase "fisiologica" del finanziamento: essi remunerano la Banca per il prestito richiesto dal mutuatario ed hanno un'applicazione certa e predefinita, legata all'erogazione del credito, costituendo, in ultima analisi, il "costo del denaro" per il mutuatario; la penale per estinzione anticipata del mutuo, di contro, costituisce un elemento accidentale del negozio, avendo natura eventuale ed essendo funzionale ad indennizzare il mutuante dei costi collegati al rimborso anticipato del credito.

L'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale è consentita, a norma dell'art. 170 cod. civ., soltanto per debiti contratti per fare fronte ad esigenze familiari, sicché in sede di opposizione al pignoramento spetta al debitore provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, sia perché i fatti negativi non possono formare oggetto di prova, sia perché esiste una presunzione di inerenza dei debiti ai detti bisogni.

La costituzione del fondo patrimoniale prevista dall'art. 167 cod. civ., così come stabilito dall'art. 162 cod., civ. per tutte le convenzioni matrimoniali, è opponibile ai terzi esclusivamente a partire dalla data dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio nei registri dello strato civile, non potendosi retrodatare la produzione degli effetti alla data di proposizione della domanda di annotazione od anticiparli alla data della trascrizione effettuale ex art. 2647 cod., civ., ed avente l'esclusiva funzione di pubblicità notizia.

Trib. Trani, 11 gennaio 2017, Giud. I. Barlafante

Usura penale: la parte civile, che non sia persona offesa, non può ricorrere per cassazione contro la sentenza di non luogo a procedere

La persona danneggiata, pur costituita parte civile, che non sia anche persona offesa non è legittimata a proporre ricorso per cassazione contro la sentenza di non luogo a procedere, essendo tale impugnazione destinata alla tutela esclusiva degli interessi penalistici della persona offesa.

Di conseguenza, il ricorso va ritenuto inammissibile ove presentato dal fideiussore della società vittima di usura o dal soggetto, già legale rappresentante della suddetta società, al quale sia succeduto, a seguito del fallimento, il curatore fallimentare, in quanto entrambi rivestono la qualifica di persone danneggiate.

Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2016, Pres. Cammino - Rel. Rago

Diritto e procedura penale

RISOLTO IL CONTRASTO SULLA SORTE DELLE STATUZIONI CIVILI PER I REATI DEGRADATI A ILLECITI CIVILI CON IL D.LGS. N. 7/2016. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 7 novembre 2016, n. 46688</i>	262
di Sisto Macchiarelli	
<i>NE BIS IN IDEM</i> E DIRITTO VIVENTE NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO: IL FATTO NELLA DIMENSIONE EMPIRICA DELINEATA DALLA CONSULTA. <i>Nota a Corte costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200</i>	279
di Salvatore Ioppoli	
IL NUOVO DELITTO DI INQUINAMENTO AMBIENTALE AL VAGLIO DELLA NOMOFILACHIA. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170</i>	298
di Aldo Cimmino	
<i>Cass. pen., V sez., 24 marzo 2017, n. 17819 - Pres. Nappi, Rel. Vessichelli</i>	304
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	313
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	317
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	321
a cura di Giuseppina Marotta	



Risolto il contrasto sulla sorte delle statuizioni civili per i reati degradati a illeciti civili con il d.lgs. n. 7/2016.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 7 novembre 2016, n. 46688

abstract

By the judgment under review the most authoritative forum of the supreme nomophylactic organ resolved the conflict about the fate, on appeal, of civil rulings contained in sentences for crimes pending and simultaneously repealed by the recent decree law n. 7/2016. The judgment, in placing himself in continuity with the constitutional lesson given by the Consulta in judgment n. 12/2016, also emphasizes the role of civil action in criminal proceedings according to a logic of full "ancillarity" that does not allow, under any circumstances, the exercise in the absence of an act that constitutes a crime.

keywords

Decriminalization – Civil penalties – The civil action in criminal proceedings – Italian and conventional law.

abstract

Con la sentenza in commento il più autorevole Consiglio del Supremo Organo nomofilattico ha risolto il contrasto giurisprudenziale circa la sorte, a seguito di impugnazione, delle statuizioni civili contenute nelle sentenze di condanna per reati nelle more abrogati e, contestualmente, degradati ad illeciti civili ad opera del d.lgs. n. 7/2016. La pronuncia, nel porsi in linea di continuità con la lezione costituzionale espressa dalla Consulta nella sentenza n. 12/2016, enfatizza la funzione dell'azione civile nel processo penale secondo una logica di piena "ancillarità" che non ne consente, in alcun caso, l'esercizio in mancanza di un fatto costituente reato.

parole chiave

Depenalizzazione – Sanzioni civili – L'azione civile nel processo penale – Legalità nazionale e convenzionale.

Abolitio criminis e sorte delle statuizioni civili già applicate – Le peculiarità procedurali dei d.lgs. n. 7 e 8 del 2016 – L'obbligo ex art. 129, co.1, c.p.p. e i principi ex artt. 538 c.p.p., 3 e 111 Cost.

– Comparazione con la normativa "eurounitaria" e convenzionale – La sorte dell'azione ex art. 576 c.p.p.

In caso di sentenza di condanna relativa a un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Il giudice della esecuzione, viceversa, revoca, con la stessa formula, la sentenza di condanna o il decreto irrevocabili, lasciando ferme le disposizioni e i capi che concernono gli interessi civili.

Corte di Cassazione, Sezioni unite penali,
sentenza 29 settembre 2016-7 novembre 2016,
n. 46688

Presidente Canzio, Estensore Vessichelli

(Omissis)

Considerato in fatto

1. Hanno proposto ricorso per cassazione G. S. e S. S. avverso la sentenza in data 3 novembre 2014 con la quale il Tribunale di Cagliari ha rigettato l'appello contro la sentenza del Giudice di pace di Iglesias che li aveva dichiarati responsabili del reato di danneggiamento continuato.

Gli imputati sono stati condannati al pagamento della multa e, in solido, al risarcimento dei danni da liquidare in separato giudizio, al pagamento della provvisoria provvisoriamente esecutiva di 100 euro e alla rifusione delle spese della parte civile.

2. Il difensore ha dedotto i seguenti motivi.

2.1. Manifesta illogicità della valutazione di attendibilità delle dichiarazioni accusatorie della persona offesa e degli altri testi dell'accusa.

2.2. Vizio di motivazione concernente le dichiarazioni dei testi a difesa, i quali avevano concordemente affermato che gli imputati erano assenti nel tempo al quale si fanno risalire i fatti.

2.3. Vizio della motivazione con riferimento al dolo del reato.

2.4. Inutilizzabilità di un filmato e di una consulenza stragiudiziale prodotti in giudizio, deduzione formulata in primo grado ma del tutto ignorata in appello.

2.5. Travisamento della prova, con riferimento al contenuto delle deposizioni della persona offesa e del teste Massa i quali avevano attribuito al solo S. la denuncia agli uffici comunali.

2.6. Assenza di motivazione riguardo alle statuizioni civili, e in special modo riguardo alla provvisoria, nonostante articolati motivi di appello con i quali era stata contestata la sussistenza del danno.

3. Il difensore, con motivi nuovi, ha dedotto – in via graduata rispetto alla richiesta principale di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché il fatto non costituisce reato – la sopravvenuta *abolitio criminis* del reato in contestazione, per effetto del d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, il quale ha anche previsto, per la fattispecie dell'art. 635, primo comma, c.p., la sola sanzione pecuniaria civile: disciplina che, in base alla norma transitoria, si applica anche ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, salvo che il procedimento sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili. L'abrogazione del reato è destinata altresì a porre nel nulla le statuizioni civili, non rilevando le pronunce di condanna del giudice di merito già intervenute. Non ha mancato, tuttavia, lo stesso difensore di evidenziare il contrasto giurisprudenziale venutosi a determinare sull'argomento, richiedendo, in via subordinata, la rimessione del ricorso alle Sezioni unite.

4. Con ordinanza del 15 giugno 2016 la Seconda sezione penale ha preso atto del contrasto giurisprudenziale e ha disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni unite.

5. Con decreto del 5 luglio 2016 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite, fissandone la trattazione per la odierna udienza pubblica. 6. Il 14 settembre 2016 è stata depositata una nuova memoria da parte del difensore degli imputati, il quale ha insistito sulla domanda di revoca delle statuizioni civili.

Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato.

1.1. Novità rilevante e decisiva ai fini della trattazione del ricorso in esame è costituita dall'essere sopravvenuto, nelle more, il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, entrato in vigore il 6 febbraio successivo, recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67". Nell'art. 1 di tale decreto sono elencati gli articoli del codice penale relativi ai reati abrogati, mentre nell'art. 2 sono precisate le rimodulazioni degli articoli del codice dipendenti dalle suddette abroga-

zioni e al comma 1, lett. I), dello stesso art. 2, è disposta la modifica dell'art. 635 c.p. con una "sostituzione" della relativa disciplina, dalla quale scaturisce, di fatto, l'abrogazione del previgente primo comma dell'art. 635, con evidenti ricadute sul presente processo.

1.2. Occorre osservare in via preliminare che la richiesta difensiva di valutare con priorità le questioni riguardanti i difetti di motivazione non può trovare accoglimento. Se è indubbio che, tra le diverse cause di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p., la formula "perché il fatto non sussiste" deve prevalere su qualsiasi altra formula, il principio così enunciato riguarda il caso della *abolitio criminis* intervenuta dopo la sentenza assolutoria di primo grado per insussistenza del fatto, gravata da impugnazione di cui non si motivi la astratta fondatezza (sez. 4, 16 maggio 2002, n. 22334, dep. 2003, Giannangeli, Rv. 224836): caso nel quale la presunzione di non colpevolezza, rafforzata dalla sentenza assolutoria con la formula detta, viene giudicata meritevole di tutela anche ai fini extra-penali e destinata a mantenere la posizione preferenziale accordatagli dalla formulazione dell'art. 129 c.p.p.

Diverso è il caso di specie, nel quale la abrogazione è sopravvenuta ad una "doppia conforme" di condanna e anche l'astratta non infondatezza dei motivi di ricorso starebbe a configurare un vizio di motivazione senza possibilità di seguito processuale, che presupporrebbe la permanenza di una *res judicanda*, mentre, in assenza, resta paralizzato dal dovere di immediata rilevazione della causa di non punibilità di cui all'art. 129, comma 1, c.p.p. Nel caso appena descritto, come già sottolineato reiteratamente dalla giurisprudenza di legittimità, *l'abolitio criminis* fa venire meno l'esistenza stessa della norma penale incriminatrice nell'ordinamento, come stabilito dal legislatore nell'art. 2, secondo comma, c.p., per il quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato, e tale circostanza processuale deve essere immediatamente dichiarata dal giudice.

1.3. Il danneggiato dal reato ha, piuttosto, libertà di adire il giudice civile, dal momento che, come sottolineato da Corte cost., ord. n. 273 del 2002, la formula assolutoria per l'ipotesi di sopravvenuta abrogazione della norma incriminatrice ("il fatto non è previsto dalla legge come reato") non è fra quelle alle quali l'art. 652 c.p.p. attribuisce efficacia nel giudizio civile.

2. Ciò premesso, se non è dunque in discussione, salvo il caso sopra descritto, il dovere del giudice penale, in qualsiasi fase o grado del giudizio, di concludere il processo pendente per uno dei reati sopra citati, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato (con la formula appropriata del non luogo a procedere, della assoluzione o dell'annullamento senza rinvio), dubbi e contrapposizioni si sono venuti a determinare, nella giurisprudenza di legittimità, non meno che nella dottrina, sulla sorte dei capi della

sentenza di condanna, già eventualmente pronunciata, contenenti statuizioni civili.

La questione, che è destinata a trovare soluzione nei principi generali in tema di attivazione dell'azione civile nel processo penale, trae origine dalla peculiare conformazione del d.lgs. n. 7 del 2016, che, nel disporre l'abrogazione di taluni reati, ha contestualmente riformulato i fatti in essi descritti quali fonte, nella sola forma dolosa, di sanzioni pecuniarie civili espressamente determinate, ulteriori rispetto all'eventuale condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno.

Essa viene così posta: «Se, in caso di sentenza di condanna relativa ad un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, debba revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili».

3. Nella giurisprudenza di legittimità si è formato un primo indirizzo interpretativo, favorevole al mantenimento, in capo al giudice penale della impugnazione contro sentenza di condanna, del potere di decidere il ricorso agli effetti civili.

3.1. Esso è stato prospettato per la prima volta da sez. 5, 09 febbraio 2016, n. 7124 Portera, non mass., seguita da altre sentenze della stessa sez. 5 (la n. 14041 del 15 febbraio 2016, Carbone, Rv. 266317-8, e altre non massimate, emesse il 03 marzo 2016, n. 28643, Gianfreda, n. 25062, Arona e n. 24029, Mancuso), le quali fanno leva, in primo luogo, sul testo dell'art. 2, secondo comma, ultima parte, c.p.: norma diretta a disciplinare il fenomeno della abrogazione sopravvenuta a sentenza definitiva di condanna e ritenuta principio-guida laddove statuisce, in caso di *abolitio criminis* intervenuta dopo la sentenza di condanna, la cessazione dell'esecuzione di questa e dei relativi effetti penali, desumendosi da tale formulazione, a contrario, che gli eventuali effetti civili non vengono travolti dall'abrogazione.

Una parte minoritaria della giurisprudenza in questione (in particolare la sentenza Arona), nel citare le sentenze sez. 5, 20 dicembre 2005, n. 4266 Colacito, Rv. 233598 e sez. 5, 24 maggio 2005, n. 28701 Romiti, Rv. 231866, attribuisce valenza precettiva generale al citato disposto dell'art. 2, secondo comma, c.p., riferendolo anche alla ipotesi di *abolitio criminis* sopravvenuta a sentenza non definitiva di condanna.

Un secondo argomento è dato dalla evocazione dell'art. 11 delle preleggi, che, nello statuire che «la legge non dispone che per l'avvenire», farebbe salvo il diritto acquisito dalla parte civile a vedere esaminata la propria azione già incardinata nel processo penale, fatta eccezione per il caso, non messo in discussione, in cui l'abrogazione sopravvenga alla instaurazione del giudizio di primo grado ma sia antecedente alla pronuncia conclusiva del grado stesso: in tal caso la pro-

nuncia della abrogazione travolgerebbe il diritto pure già esercitato dalla parte civile costituita.

Alle suddette conclusioni la giurisprudenza in questione perviene sia richiamando l'analogo "meccanismo" procedurale creato dal coevo d.lgs. n. 8 del 2016, in tema di depenalizzazione, sia proponendo un'applicazione analogica, a tali limitati fini, dell'art. 578 c.p.p. che, in tema di cause di estinzione del reato sopravvenute a sentenza di condanna, attribuisce al giudice della "sola" impugnazione il potere di decidere agli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili.

Lo stesso orientamento afferma che, nel caso descritto, la sanzione pecuniaria civile è destinata a non essere applicata perché l'esercizio dell'azione civile nella sede propria, che ne costituirebbe il presupposto, sarebbe stato "consumato".

3.2. Allo stesso filone si ascrivono le sentenze della Sezione 2, 23 marzo 2016, n. 14529, Bosco, Rv. 266467 e n. 29603 del 27 aprile 2016, De Mauri, Rv. 267166; inoltre le sentenze, non massimate, rispettivamente del 03 maggio 2016, n. 33058, Competiello e n. 33544, Rizzuti, nonché quella del 24 maggio 2016, n. 21598, Panizzo e n. 24299 del 27 maggio 2016, Cascarano.

Si tratta di un compendio giurisprudenziale organizzato attorno alla comune elaborazione del rilievo secondo cui tra i reati oggetto del decreto di abrogazione e quelli oggetto del decreto di depenalizzazione non vi è alcuna differenza ontologica, tale da giustificare la diversità della disciplina sulla sorte dei capi concernenti le statuizioni civili. Il principale argomento logico-sistematico è quello secondo cui la legge-delega n. 67 del 2014 ha dato luogo, con i decreti legislativi nn. 7 e 8, a provvedimenti, in entrambi i casi, di depenalizzazione, sicché la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 8 ha "valenza generale" e il relativo art. 9, comma 3, facendo riferimento generico a tutte le ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione dà atto dell'intervenuta depenalizzazione con il dovere aggiunto di decidere sulla domanda civile proposta nello stesso procedimento, si applica anche alla materia regolata dal d.lgs. n. 7.

A sostegno di tale ricostruzione ermeneutica, si rappresenta che le nuove forme di illecito civile, con sanzioni non paramtrate all'entità del pregiudizio subito dall'attore, si porrebbero in "continuità normativa" con i reati abrogati; sicché la formale abrogazione nasconderebbe una sostanziale "depenalizzazione diversa" dalla quale discenderebbe la necessità di far operare allo stesso modo, in relazione ad entrambe le normative delegate, la disciplina sui poteri del giudice dell'impugnazione in tema di risarcimento del danno.

Oltre all'argomento dato dalla ricognizione del principio posto dall'art. 2, secondo comma, ultima parte, c.p., il terzo pilastro del ragionamento delle dette sentenze è costituito dalla necessità di una in-

interpretazione costituzionalmente conforme, posto che una diversa lettura darebbe luogo alla violazione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), obbligando la parte civile ad adire il giudice civile nonostante che il fatto sia già stato acclarato, con problemi di diseconomia processuale e di pericolo di contrasto di giudicati, poiché il giudice civile sarebbe chiamato ad una completa rivalutazione del medesimo fatto.

Secondo tali sentenze, argomenti utili possono trarsi dalla disposizione transitoria del d.lgs. n. 7 del 2016, ossia dall'art. 12, comma 1, che, nello stabilire, per i procedimenti in corso, la soggezione alle disposizioni relative alle sanzioni pecuniarie civili, letto in combinato disposto con l'art. 3 dello stesso decreto – che configura la soggezione al pagamento della sanzione pecuniaria civile, per i fatti dolosi descritti nell'art. 4, come aggiuntiva alla capacità dei fatti stessi di dare luogo alle restituzioni e al risarcimento del danno –, starebbe a dimostrare che anche nel d.lgs. n. 7 è contemplato in via transitoria il potere del giudice dell'impugnazione di decidere sui capi concernenti le disposizioni civili.

4. Il contrasto giurisprudenziale si è prodotto per effetto di sentenze, di tenore opposto, emesse dalla Sezione Seconda e dalla Sezione Quinta. Invero, dopo la sentenza capofila dell'indirizzo interpretativo in questione – sez. 5, n. 15634 del 19/02/2016, Guerzoni, Rv. 266502 – si registra, accanto ad altre decisioni allineate alla prima (n. 14044 del 09/03/2016, Di Bonaventura, Rv. 266297, n. 16147 del 01/04/2016, Favalaro, Rv. 266503 e n. 32198, del 10/05/2016, Marini, Rv. 267002), un nutrito gruppo di pronunce della stessa sez. 5 non mass. (sez. 5, n. 26862, del 01/06/2016, Raiti; sez. 5, n. 31643, del 01/06/2016, Lombardo; sez. 5, n. 31646, del 01/06/2016, Lana; sez. 5, n. 26840, del 20/05/2016, De Mercato; sez. 5, n. 19516, del 15/04/2016, Pianta; sez. 5, n. 31617 del 01/04/2016, Bonzano) e quelle massimate della sez. 2, n. 26091, del 10/06/2016, Tesi, Rv. 267004 e n. 26071, del 09/06/2016, Rossi, Rv. 267003.

4.1. Tale filone interpretativo ha preso le mosse dal recente intervento della Corte costituzionale (sent. n. 12 del 2016), volto ad affrontare i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p. nella parte in cui, al comma 1, collega in via esclusiva la decisione sulla domanda della parte civile alla condanna dell'imputato. Il Giudice delle leggi ha ritenuto tale impostazione codicistica in linea con la scelta di rendere tendenzialmente autonomo il giudizio penale da quello civile sullo stesso fatto, sicché la evenienza della costituzione di parte civile nel processo penale ha natura accessoria e subordinata alla finalità del processo, che è quella dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato.

Eccezioni a tale regola possono essere poste ed esse sono ravvisabili negli artt. 578 e 576 c.p.p.

4.2. L'orientamento in questione sottolinea la non conferenza dell'art. 2, secondo comma, ultima parte, c.p. – e della giurisprudenza che su tale norma si è espressa –, riferibile al caso, diverso da quello in oggetto, della cessazione dei soli effetti penali in caso di abrogazione sopravvenuta ad una sentenza di condanna definitiva.

4.3. Rileva, altresì, che l'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 8 del 2016, che prevede, in materia di depenalizzazione, il potere del giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sui capi relativi alle statuizioni civili, non trova applicazione nella materia del d.lgs. n. 7 – caratterizzata da una diversa ratio –, poiché si tratterebbe di applicazione analogica di norma eccezionale, come tale vietata in base agli stessi principi già enunciati in relazione all'art. 578 c.p.p. dalla giurisprudenza di legittimità. L'assenza di *eadem ratio* con riferimento ai due decreti impone di valorizzare come differenziale, e non come frutto di una "svista", la circostanza che solo nel d.lgs. n. 8, a differenza che in quello n. 7, il legislatore delegato ha positivamente disciplinato, in via transitoria, la sorte dei capi concernenti le statuizioni civili.

4.4. In quarto luogo, si è osservato che il meccanismo processuale delineato nel d.lgs. n.7 prevede che il giudice del risarcimento del danno sia lo stesso che irroga la sanzione pecuniaria civile, e ciò anche con riferimento ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, salvo il caso che la sentenza sia divenuta irrevocabile. Sottrarre al giudice civile il giudizio sul risarcimento del danno significherebbe mandare esente il responsabile del fatto doloso, configurato come reato abrogato, dalla sanzione civile prevista anche in via transitoria. L'ipotesi alternativa, dell'attribuire al giudice della impugnazione penale il potere di decidere, assieme alla domanda relativa alle statuizioni civili, anche sulla sanzione pecuniaria civile, eventualmente disponendola, significherebbe consentire un procedimento che, quando l'impugnazione è il giudizio di legittimità, finirebbe per attribuire alla Corte di cassazione valutazioni di merito, peraltro in assenza di un contraddittorio sulla formazione delle prove rilevanti.

4.5. Si aggiungono considerazioni sulla impossibilità di applicare analogicamente il disposto dell'art. 578 c.p.p., dato il carattere eccezionale della norma, e si richiama il principio, dettato nel codice penale (art.198 c.p.) per cui la estinzione del reato o della pena non importa la estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato.

5. Quest'ultimo è l'orientamento che le Sezioni unite ritengono corretto, alla luce, in primo luogo, della lettera della normativa che ha dato luogo al contrasto.

L'interpretazione letterale della legge, infatti, è il canone ermeneutico prioritario per l'interprete, pur ricavandosi dall'art. 12 delle preleggi che l'ulteriore canone dato dall'interpretazione logica e sistematica

soccorre e integra il significato proprio delle parole, arricchendole della ratio della norma e del suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi.

Ma tale criterio non può servire ad andare oltre quello letterale quando la disposizione idonea a decidere la controversia è chiara e precisa. Viceversa, solo se si riscontri un ingiustificato vuoto di disciplina capace di menomare la precisione della disposizione, l'interprete ha agio di ricorrere all'interpretazione analogica, tranne che nel caso (art. 14 preleggi) in cui siffatta operazione ermeneutica miri alla "attrazione" di disposizioni di leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi.

5.1. Ebbene, il primo dato letterale nel quale ci si imbatte esaminando il d.lgs. n. 7 del 2016 è quello della presenza di una disciplina transitoria (art. 12) ma, anche, della mancanza, in questa, di qualsiasi cenno all'eventuale potere del giudice dell'impugnazione di decidere l'appello o il ricorso con riferimento ai capi concernenti le statuizioni civili. Il secondo dato letterale è che con la novella sono state introdotte inedite sanzioni pecuniarie civili (art. 3 e segg.) con riferimento ai fatti che hanno preso il posto dei reati abrogati, prevedendosene l'applicazione retroattiva anche a quelli già commessi (art. 12), per i quali il giudice penale deve dichiarare la intervenuta abrogazione, e stabilendo, con norma che riguarda il procedimento in generale (art. 8), che il potere di irrogarle spetta al giudice competente a conoscere della azione di risarcimento del danno che, di regola, è il giudice civile.

Quest'ultima disposizione, in particolare, si pone in linea di stretta correlazione col silenzio normativo precedentemente evidenziato, potenziandone la eloquenza nella direzione del brocardo *ubi noluit non dixit*, atteso che se si riconoscesse in capo al giudice della impugnazione penale – in sede di declaratoria di abrogazione – il potere di pronunciarsi anche sugli interessi civili, si dovrebbe ammettere che gli è conferito anche il potere-dovere di irrogare, al responsabile del danno, la sanzione pecuniaria civile, la quale soggiace a criteri di commisurazione (art. 5) involgenti accertamenti e giudizi di fatto che sono assolutamente impropri nella sede della legittimità.

6. Ciò posto, appare utile effettuare una verifica controfattuale del silenzio del legislatore e del modo col quale viene qui inteso, accertando se possano essere individuati dati normativi o indicatori di altro genere capaci di "falsificare" la tesi qui accreditata. Giova cioè procedere alla analisi sistematica che deve tenere in conto, tra l'altro, il fatto che, nel coevo d.lgs. n. 8 – originato al pari del d.lgs. n. 7 del 2016 da una comune finalità di deflazione del sistema penale, sostanziale e processuale, espressa nella comune legge-delega di riferimento – esiste la disposizione (pur non qualificata formalmente come transitoria) che mantiene, in capo al giudice che dichiara la depenalizzazione, il potere di decidere sulla impugnazione penale ai soli effetti civili

(art. 9, comma 3). In tale prospettiva, la differenza delle discipline transitorie rispecchia la più generale scelta di congegnare due sistemi con opzioni tecnico-normative differenziate ed autonome, l'uno per realizzare le abrogazioni con introduzione delle sanzioni civili e l'altro per le depenalizzazioni, con seguito nella sede di applicazione delle sanzioni amministrative: scelta resa palese dal fatto di avere, il Governo, fatto ricorso a due strumenti legislativi diversi anche per estremi formali di identificazione.

6.1. Si nota che, come evidenziato nella Relazione illustrativa del relativo Schema, con le norme confluite nel d.lgs. n. 7 il legislatore delegante ha inteso eliminare dall'ambito della rilevanza penale alcune ipotesi delittuose che hanno la caratteristica di incidere su interessi di natura privata e di essere procedibili a querela, ricollocandone il disvalore sul piano delle relazioni private; al contempo, ha voluto riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile, affiancando alle sanzioni punitive di natura amministrativa un ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell'illecito, nella prospettiva del rafforzamento dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale.

6.2. Per proseguire nella trattazione del tema della autonoma fisionomia del d.lgs. n. 7, va notato che il legislatore delegato ha provveduto ad indicare i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie e ha indicato la competenza a provvedere su di esse, a regime, in capo al giudice civile adito per la domanda di risarcimento del danno e titolato a decidere in base alle norme del codice di procedura civile (art. 8).

6.3. L'art. 12, nel silenzio della legge-delega, ha poi dettato disposizioni transitorie con le quali, in deroga alla regola generale sull'efficacia della legge nel tempo indicata dall'art. 11 preleggi, è stata assunta la determinazione di disporre la retroattività delle norme in tema di sanzioni civili, anche rispetto ai fatti commessi antecedentemente alla entrata in vigore del decreto, salvo che si sia formato il giudicato. Per questa ultima ipotesi si è previsto, a cura del giudice della esecuzione, «la revoca della sentenza o del decreto» col procedimento semplificato di cui all'art. 667, comma 4, c.p.p.

In tema di competenza a provvedere in via transitoria, la Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo, valorizzando la disposizione dell'art. 8, comma 1, ribadisce che la disciplina per i fatti commessi in epoca anteriore alla data di entrata in vigore del presente decreto, per i quali non sia già intervenuta una pronuncia irrevocabile, «prevede l'applicazione della sanzione pecuniaria civile quando la parte danneggiata decida di agire in sede civile per ottenere il risarcimento del danno». Nella stessa Relazione, per quanto concerne i poteri del giudice della esecuzione, è anche evidenziato che «all'art. 12, si è inserito un comma aggiuntivo al fine di evitare dubbi ermeneutici e per esigenze di coerenza sistematica, tenuto conto

di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, del codice penale, dall'articolo 673 del codice di procedura penale e da un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nonché avendo rilevato l'assenza di una diversa indicazione sul punto da parte della legge di delega. Il suddetto comma presenta una formulazione analoga a quanto previsto dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo in materia di depenalizzazione, nonché dall'articolo 101, comma 1, del decreto legislativo n. 507 del 1999, in materia di depenalizzazione dei reati minori».

6.4. Il complesso normativo può dunque dirsi frutto di una coerente valutazione degli effetti della novella sui fatti commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore, destinati ad un esito processuale certo ed immediato, nella sede penale, per quanto riguarda la rilevazione della abrogazione, ai sensi dell'art. 129, comma 1, c.p.p., nonché ai sensi dell'art. 667, comma 4, stesso codice, per quanto concerne le condanne passate in giudicato, e ad un futuro solo eventuale per quanto riguarda l'accertamento del diritto al risarcimento e l'applicazione della sanzione pecuniaria civile, strettamente correlati sul piano della competenza ed entrambi subordinati alla investitura del giudice civile ad opera della parte interessata alla riassunzione. Può confermarsi, in altri termini, che la mancata previsione del potere del giudice della impugnazione, avverso sentenza di condanna dell'imputato, di pronunciarsi sulla impugnazione di questo agli effetti civili, dopo avere dichiarato la abrogazione, sia l'ordinario sviluppo dello scenario processuale delineato.

7. E' incontestato, d'altra parte, che il sopravvenire della abrogazione del reato prima della sentenza di primo grado comporti automaticamente la impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi sulla domanda della parte civile costituita, perché vi osta il disposto dell'art. 538 c.p.p.: e cioè la norma del codice di rito che, in via generale, pone la regola della subordinazione del potere del giudice penale di decidere sulle restituzioni e il risarcimento alla pronuncia di sentenza di condanna.

Il principio ha trovato plastica esemplificazione nelle sentenze di questa Corte che hanno posto in evidenza il dovere del giudice dell'appello, laddove, nel pronunciare declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, accerti che la causa estintiva è maturata prima della sentenza di primo grado, di revocare contestualmente le statuizioni civili in essa contenute (sez. 3, 10 marzo 2015, n. 15245 C., Rv. 263018; conformi, sez. 6, 19 settembre 2002, n. 33398 Rusciano, Rv. 222426; sez. 2, 29 gennaio 2009, n. 5705 Somma, Rv. 243290; sez. 6, 21 febbraio 2013, n. 9081, Colucci, Rv. 255054; sez. 5, 28 maggio 2014, n. 44826, Regoli, Rv. 261815). Si tratta di un precetto che, come posto in evidenza nella sentenza della Corte costituzionale n.12 del 2016 - emessa sul sospetto di illegittimità dell'articolo 538 - è strutturalmente e volutamente diverso anche dalla norma (art. 510) del

Progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978 (sulla base di delega conferita con la legge n. 108 del 1974, rimasta inattuata), norma che proponeva di sperimentare una maggiore tutela della azione civile incardinata nel processo penale. Sicché la regola generale oggi configurata è quella del collegamento in via esclusiva della decisione sulla domanda della parte civile alla formale condanna dell'imputato, espressamente richiesta dall'art. 538 c.p.p.

Si tratta di una soluzione che dà attuazione al combinato disposto dell'articolo 538 con l'articolo 74 dello stesso codice di rito e con l'articolo 185 del codice penale - imposta, oltre che dalla sistematica, anche dal testuale rimando della prima alla seconda e della seconda alla terza -, norme dalle quali si desume che la domanda della parte civile nel processo penale è legittimata con riferimento ai danni e alle restituzioni cagionati da un fatto integrante reato, e che la risposta ad essa viene fatta dipendere da una sentenza che formalmente dichiara la responsabilità, non essendo sufficiente, di regola, una sentenza di proscioglimento, pur se includente l'accertamento del fatto reato.

Diversamente ragionando, come ribadito anche nella sentenza n. 12 della Corte costituzionale citata, il risarcimento del danno verrebbe ancorato non già alla fattispecie prevista dall'art. 185 c.p., ma a quella prevista dall'art. 2043 c.c., in ordine alla quale manca la competenza del giudice penale.

Ciò ovviamente non significa mancanza di tutela del diritto della parte civile nel processo penale ma soltanto, nel caso di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p. (formula diversa da quelle indicate dall'art. 652 c.p.p.), la individuazione, per la parte civile costituita, della successiva competenza del giudice civile e, nel caso di instaurazione della domanda direttamente in sede civile, la mancanza di efficacia del giudicato penale di assoluzione.

8. Tanto rilevato, non vi è ragione per negare che il principio posto dall'articolo 538 c.p.p., debba valere anche per il giudizio dell'impugnazione, considerato che per il giudizio di appello l'articolo 598 c.p.p. pone un principio generale di estensione delle regole del grado precedente. Certamente, si tratta di un'impostazione di carattere generale derogabile dal legislatore ordinario (in tal senso v. anche sent. Corte cost. n. 12 del 2016), con norma della quale, però, non potrebbe non riconoscersi il carattere eccezionale per il fatto di costituire una deroga.

8.1. In tale ottica si è assistito alla creazione di una eccezione al sistema con la formulazione dell'art. 578 c.p.p. riguardante il giudizio di impugnazione: norma che, riproduttiva ed estensiva della disposizione introdotta dall'art. 12, primo comma, legge 3 agosto 1978, n. 405 ("Delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia e di indulto, e disposizioni sull'azione civile in seguito ad amnistia") e attuativa

del criterio direttivo di cui all'art. 2, n. 28 della legge-delega per l'emanazione del codice di procedura penale (legge 16 febbraio 1987, n. 81), prevede in capo al giudice dell'impugnazione il potere di pronunciarsi, a margine della declaratoria della causa di estinzione del reato per amnistia e per prescrizione, anche agli effetti civili. Il carattere del precetto, che «fa eccezione a regole generali o ad altra legge», rende evidente, nel rispetto dell'articolo 14 delle preleggi, che non si applica oltre i casi e i tempi in esso considerati.

Senza considerare che, comunque, la norma dell'art. 578 c.p.p. abilita il giudice a tanto, sul presupposto non di una pronuncia di assoluzione dal reato (come nel caso della abrogazione) ma di riconoscimento di causa di estinzione di un fatto reato dopo condanna. In linea con quanto sopra rilevato intorno all'art. 538, il precetto dell'art. 578 non viene, viceversa, ritenuto idoneo a legittimare la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile se quella fosse pronunciata come effetto della declaratoria di sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione, a sua volta derivante dalla riforma, ad opera del giudice di secondo grado, su impugnazione del p.m., della sentenza di assoluzione di primo grado.

E ciò, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, in quanto, nel caso descritto, la decisione sulle restituzioni e sul risarcimento del danno verrebbe adottata senza che, nel precedente grado di giudizio, sia stata affermata, con sentenza di condanna, la responsabilità dell'imputato (sez. 4, 04 marzo 2015, n. 14014, Bellucci, Rv. 263015; sez. 5, 17 giugno 2010, n. 27652 Giacché, Rv. 248389), fatto salvo il caso specificamente regolato dall'art. 576 c.p.p. (sez. un, 11 luglio 2006, n. 25083, Negri, Rv. 233918).

E, sul detto connotato dell'eccezionalità, può essere utile sottolineare che l'art. 578 non è stato ritenuto applicabile neppure al caso di estinzione del reato per oblazione o per morte dell'imputato (sez. 6, 05 ottobre 1999, n. 12537, Nicolosi, Rv. 216394; sez. 4, 23 giugno 2005, n. 31314, Zelli, Rv. 231745) e comunque non suscettibile di essere esteso analogicamente ad altre cause estintive (sez. 3, 12 febbraio 2003, n. 22038, Pludwinski, Rv. 225321), come la remissione di querela (sez. 2, 08 luglio 2014, n. 37688, Gustineti, Rv. 259989) o la sanatoria edilizia (sez. 3, 25 novembre 2008, n. 3593, dep. 2009, Orrù, Rv. 242739).

8.2. Altra norma, di carattere eccezionale, che ammette il meccanismo decisorio plasmato dall'art. 578 c.p.p., è quella posta dall'art. 448, comma 3, che abilita alla pronuncia sulle statuizioni civili il giudice della impugnazione avverso sentenza di condanna, quando ritenga ingiustamente non riconosciute, dal giudice di primo grado, le condizioni per accogliere la richiesta di patteggiamento cui il p.m. non aveva prestato il consenso.

9. Il divieto di applicazione analogica posto dalle preleggi, nel limite sopra indicato, è destinato ad ope-

rare anche con riferimento alla proposta (dall'indirizzo giurisprudenziale che qui si disattende) applicazione del disposto dell'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 8 del 15 gennaio 2016, al sistema delineato dal d.lgs. n. 7.

9.1. Si tratta della disposizione di natura transitoria per effetto della quale il giudice che dichiara la intervenuta depenalizzazione, in sede di appello dopo sentenza di condanna, è onerato del dovere di decidere sulla impugnazione ai soli effetti civili.

Tale norma è inserita nel decreto che può definirsi "gemello diverso" di quello, in pari data, n. 7 fin qui esaminato, e che ha costituito l'ulteriore modalità con la quale è stata esercitata la delega conferita con la legge n. 67 del 2014, con lo strumento, però, della degradazione di una lunga lista di reati in altrettanti illeciti amministrativi. Nonostante la strumentalità di entrambi i decreti rispetto al fine unico della legge-delega, che si riconosce in quello di riforma della disciplina sanzionatoria in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale, i mezzi tecnico-normativi utilizzati in ciascuno dei decreti sono profondamente diversi e rendono ognuno di quelli un sistema compiuto di precetti che mira a soluzioni ed effetti giuridici autonomi. A partire dal rilievo che la diversità di intervento è in relazione alla diversità dell'oggetto, atteso che, nel caso della depenalizzazione, sono stati considerati reati generalmente procedibili d'ufficio, che tutelano interessi pubblici, rispetto ai quali è interesse dello Stato irrogare d'ufficio una sanzione amministrativa, senza (necessità di) alcun impulso di parte.

9.2. Invero, non può distogliere da tale conclusione il rilievo che lo strumento della depenalizzazione riconduce, al pari dell'abrogazione, al concetto di *abolitio criminis*, pur comportando la contestuale previsione di una figura di illecito amministrativo; e che per la detta ragione viene inquadrato anche dalla costante giurisprudenza nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 2 c.p. Il fatto è che la sequenza procedimentale delineata nel decreto legislativo n. 8 è differente da quella del d.lgs. n. 7 avendo dato vita ad un sistema che prevede l'articolazione del potere del giudice penale come esaurimento, dinanzi ad esso, tanto del procedimento penale con la dichiarazione che il fatto non è più previsto come reato, quanto della accessoria domanda della parte civile quando il fatto-reato sia stato accertato con condanna in primo grado (e salva la declaratoria della sopravvenuta prescrizione o estinzione per altra causa alla medesima data: così art. 9, comma 1): un potere aggiuntivo che ben può ritenersi mantenuto riproponendo – con disposizione normativa ad hoc – il sistema già collaudato con l'art. 578 c.p.p. per ragioni di economia processuale, ma che proprio con questo condivide la natura di norma che pone una eccezione alla regola dell'art. 538 c.p.p. e che dunque non è suscettibile di applicazione analogica.

Inoltre, l'autonomia del sistema normativo posto dal decreto n. 8 sta nel doveroso proseguimento della procedura mediante investitura, *ex officio*, della autorità competente per la applicazione delle nuove sanzioni.

9.3. Di queste è stata prevista – al fine di evitare disparità di trattamento – la retroattività rispetto ai fatti commessi antecedentemente la data di entrata in vigore della depenalizzazione e il dato è, invero, specularmente alla omologa disposizione di retroattività posta nel d.lgs. n. 7 quanto alle sanzioni pecuniarie civili.

Ma si tratta di discipline rispondenti a criteri strutturali non sovrapponibili. Il d.lgs. n. 8 ha così statuito superando il principio generale della irretroattività posto dall'art. 1 legge 24 novembre 1981, n. 689, che è la normativa richiamata, in via generale, dall'art. 6 del decreto stesso, quanto al procedimento per la applicazione delle sanzioni amministrative. E la ragione della scelta di derogare al principio di irretroattività è stata indicata, nella Relazione governativa allo Schema di decreto, non solo nella necessità, derivante da considerazioni di politica criminale, di evitare una vistosa sperequazione tra chi ha commesso il fatto essendo vigente la legge penale e chi, invece, commette lo stesso fatto dopo la depenalizzazione.

Il secondo punto della Relazione si fa carico della concreta possibilità che alle sanzioni amministrative oggetto della novella venga riconosciuto, in via interpretativa, carattere punitivo-afflittivo, tale da renderle omogenee, al pari dei fatti già dotati di rilievo penale, alla "materia penale" cui, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale (sent. n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010) dovrebbe applicarsi il principio di irretroattività, nel rispetto sia della ampia portata dell'art. 25, secondo comma, Cost., sia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU. Ebbene, tale prospettiva comporterebbe, comunque l'inverarsi di una vicenda sostanzialmente di successione di leggi in continuità normativa, nella quale dovrebbe trovare attuazione il principio di retroattività *in mitius*, realizzata anche formalmente con la novella. Al contrario, il principio di continuità normativa non sembra in alcun modo riguardare il d.lgs. n. 7, pur connotato dal succedere della sanzione civile a quella penale riguardo a fatti sostanzialmente sovrapponibili, posto che la sanzione irrogata dal giudice civile, oltre che subordinata ad una iniziativa della parte privata, è connotata anche da requisiti di tipo compensativo, sicché rimane ontologicamente fuori del perimetro della "accusa in materia penale".

Giova perciò sottolineare che il principio della continuità normativa, che ha la valenza sopra indicata, risulta evocato in modo improprio dall'orientamento giurisprudenziale che qui si disattende, con riferimento alla disciplina transitoria del d.lgs. n. 7 del 2016. Ed anche in termini improduttivi, posto che il suo effetto

è quello della applicazione retroattiva della legge più favorevole sopravvenuta, secondo lo schema dell'art. 2, quarto comma, c.p., mentre non potrebbe essere richiamato, al contrario, per far valere la disciplina antecedente e meno favorevole, considerata anche soltanto in una sua articolazione (quella della tutela della azione civile nel processo penale).

10. Resta da esaminare se l'interpretazione qui accreditata possa reputarsi sospettabile di contrasto con principi costituzionali, con particolare riferimento a quelli di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. La questione è stata ipotizzata dall'indirizzo giurisprudenziale che qui non si avalla il quale ha optato per l'assunto poi propugnato al fine di evitare una interpretazione del d.lgs. n. 7 sfavorevole all'esame dei diritti della parte civile, che si riveli perciò incostituzionale nella parte in cui finisce per obbligare la stessa ad adire il giudice civile nonostante che il fatto sia già stato acclarato: generando, così, problemi di diseconomia processuale oltre che di pericolo di contrasto di giudicati, derivante dal fatto che il giudice civile sarebbe chiamato ad una completa rivalutazione del medesimo fatto, ed inoltre violazione del principio di uguaglianza perché si verrebbe a determinare una ingiustificata disparità di trattamento tra il danneggiato costituitosi parte civile in un processo che si concluda con l'assoluzione per abrogazione e quello costituitosi in un processo che si concluda con la stessa formula ma per depenalizzazione o, ancora, con quello che si costituisca in un processo che si concluda con condanna.

10.1. La Corte costituzionale ha dato già risposta sotto molteplici profili al tema della compatibilità costituzionale di precetti in rito che determinino limitazioni o pesi per la parte civile costituita nel processo penale. I principi declinati dal Giudice delle leggi nella più recente pronuncia n. 12 del 2016 valgono anche per il caso che direttamente ci occupa, poiché abbracciano in radice la questione dei rapporti fra l'azione civile incardinata nel processo penale e quest'ultimo e ne indicano le ragioni ispiratrici.

L'impostazione generale del nuovo processo penale si basa sul concetto di separazione dei giudizi, penale e civile, essendo prevalente nel disegno del codice l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo, rispetto all'interesse del danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo (sentt. n. 168 del 2006 e n. 23 del 2015). La Corte costituzionale ha osservato, richiamando le numerose decisioni già emesse sullo stesso tema (sentenze n. 217 del 2009, n. 353 del 1994, n. 443 del 1990; ordinanze n. 424 del 1998 e n. 185 del 1994, quest'ultima riguardante la preclusione alla pronuncia sul capo civile, posta nel caso di sentenza di applicazione della pena emessa, ricorrendone i presupposti, dopo la chiusura del dibattimento di primo grado) che nel sistema vigente l'in-

serimento dell'azione civile nel processo penale dà vita ad una situazione processuale sostanzialmente diversa da quella determinata dall'esercizio dell'azione civile nella sede civile.

E ciò in quanto quella azione assume carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale ed è perciò destinata a subire «tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale, cioè dalle esigenze, di interesse pubblico, connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi». Si tratta peraltro di un approdo anche della Corte di cassazione nel suo massimo consesso, trovandosi l'affermazione del medesimo principio anche in sez.un., n. 40109 del 18 luglio 2013, Sciortino, Rv. 256087 e, ancor più di recente, in sez. un., n. 33864 del 23 aprile 2015, Sbaiz, Rv. 264238. Il Giudice delle leggi ha anche valutato la insussistenza di profili di irrazionalità nella impostazione codicistica in ragione della preminenza delle predette esigenze rispetto a quelle collegate alla risoluzione delle liti civili (ord. n. 115 del 1992; sent. 532 del 1995), sicché, una volta che il danneggiato, previa valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi insiti nella opzione concessagli, scelga di esercitare l'azione civile nel processo penale anziché nella sede propria, non gli è dato sfuggire agli effetti che da tale inserimento conseguono (sent. n. 94 del 1996). La ragionevolezza di siffatta scelta legislativa si lega ad un sistema processuale, qual è quello vigente, che ha fatto cadere la regola – stabilita dal codice di procedura penale abrogato – della sospensione obbligatoria del processo civile in pendenza del processo penale sul medesimo fatto, sicché non vi sono ostacoli processuali o condizionamenti alla attivazione della pretesa risarcitoria nella sede propria. Si è aggiunto, da parte della Corte costituzionale, che la eventuale impossibilità, per il danneggiato, di vedere esaminata la propria domanda di risarcimento non incide neppure in modo apprezzabile sul diritto di difesa e prima ancora sul diritto di agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile.

«Ogni separazione dell'azione civile dall'ambito del processo penale non può essere considerata una menomazione o una esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale giacché la configurazione di quest'ultima, in vista delle esigenze proprie del processo penale, è affidata al legislatore» (sent. n. 12 del 2016 e, in termini analoghi, n. 443 del 1997 e 192 del 1991; ord. n. 124 del 1999).

10.2. Detti principi appaiono idonei anche a superare il profilo del dubbio di costituzionalità ai sensi dell'art. 3 Cost., prospettato per la diversità del trattamento riservato alla parte civile nel decreto legislativo n.7, da un lato, e in quello n. 8, dall'altro, dovendosi tener conto di tutti gli argomenti sopra svolti per dimostrare che di decreti e sistemi normativi diversi si tratta, sicché la diversità di trattamento non risulta in-

giustificata dalla omogeneità delle situazioni coinvolte.

10.3. Con specifico riguardo all'asserita violazione del principio di ragionevole durata del processo, la Corte costituzionale, nella sentenza citata del 2016 e nelle sentenze n. 23 del 2015 e nn. 63 e 56 del 2009, nonché in quella n. 148 del 2005, ha rilevato che «alla luce dello stesso richiamo al connotato di ragionevolezza, che compare nella formula costituzionale, possono arrecare un vulnus a quel principio solamente le norme che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza». Nel caso che ci occupa, se è vero che la preclusione della decisione sulle questioni civili comporta il procrastinare la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria del danneggiato, costringendolo ad instaurare un autonomo giudizio civile, si rinviene la quadratura della impostazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nell'ambito del processo penale rispetto alle finalità di quest'ultimo, che sono date dal preminente interesse pubblico alla sollecita definizione del processo penale, destinato a non concludersi con un accertamento di responsabilità «riportando nella sede naturale le istanze di natura civile fatte valere nei confronti dell'imputato».

10.4. Con riguardo al dubbio, sollevato dall'orientamento disatteso, che l'indirizzo opposto possa porsi in conflitto con le norme sovranazionali ed in particolare con le direttive dell'Unione Europea in tema di protezione della vittima del reato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 12 del 2016 non ha mancato di fornire argomenti in senso contrario che vanno pienamente recepiti.

In particolare, la direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato, ma nell'art. 16, par. 1, è precisato che l'obbligo degli Stati membri di garantire alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato, nell'ambito del procedimento penale, entro un ragionevole lasso di tempo, risulta subordinato alla condizione che il diritto nazionale non preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario: ciò che, per l'appunto, è previsto nell'ordinamento nazionale vigente.

10.5. Neanche la giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU lascia ipotizzare scenari che chiamino in causa la violazione dell'art. 117 Cost. quale parametro interposto, dovendosi considerare che, sebbene l'art. 6, § 1, della Convenzione sia stato interpretato reiteratamente come fonte di «un diritto di carattere civile» della vittima del reato a vedersi riconosciuta la possibilità di intervenire nel processo penale per difendere i propri interessi tramite la costituzione di parte civile (v. fra le molte, Corte EDU, 20/03/2009, Gorou c. Grecia), tuttavia, con riferimento al caso della mancata valutazione della domanda della parte civile per essersi

il processo penale chiuso con provvedimento diverso dalla condanna dell'imputato, la Corte EDU non ha individuato violazione del diritto di accesso ad un tribunale: violazione che, invece, viene ritenuta ravvisabile solo quando la vittima del reato non disponga di rimedi alternativi concreti ed efficaci per far valere le sue pretese (Corte EDU, sez. 3, 25/06/2013, Associazione delle persone vittime del sistema S.C. Ronnpetrol S.A. e S.C. Geonnin S.A. e altri contro Romania). E nel caso in esame si tratta di rimedi che sono invece previsti nella possibilità di rivolgersi al giudice civile.

11. È appena il caso di sottolineare che la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis*, conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto, non comporta il venir meno della natura di illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata. Si tratta infatti del diverso caso della sopravvenienza della abrogazione alla sentenza di condanna come intesa dall'art. 2, comma 3, ultima parte, c.p.p., e cioè avente carattere definitivo (v. Corte cost., n. 273 del 2002): precetto il quale sancisce, per tale sola ipotesi, il dovere del giudice dell'esecuzione di disporre la cessazione della esecuzione della condanna stessa e dei suoi effetti penali, fatte salve dunque le statuizioni civili.

Ciò in quanto, nella situazione descritta, il riconoscimento del risarcimento del danno o alla riparazione è avvenuto con riferimento ad un fatto-reato che, al momento della pronuncia stessa, era stato accertato come tale con relativa condanna penale e il successivo venir meno di questa per effetto dell'abrogazione non può incidere sulla cristallizzazione del giudicato riguardo ai capi civili della sentenza.

La disposizione costituisce, del resto, un principio di carattere generale nel quale deve essere inquadrato il disposto dell'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016, nella parte in cui ribadisce il potere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza o il decreto di condanna, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato, nella ipotesi in cui il procedimento penale per il reato abrogato dal detto decreto sia stato definito prima della sua entrata in vigore con sentenza di condanna o decreto irrevocabili. Principio che va a legarsi anche al disposto dell'art. 673 del codice di rito, il quale prevede un identico potere di revoca della sentenza di condanna o del decreto penale, da intendere nei limiti anzidetti, quando il giudice dell'esecuzione sia chiamato a revocare il titolo definitivo di condanna per abrogazione del reato.

12. Il diritto della parte civile già costituita nel processo penale che si conclude con la revoca dei capi della sentenza concernenti i suoi interessi non rimane, peraltro, menomato al punto da dovere – quella – espletare il proprio onere probatorio come se l'istrut-

toria già compiuta nella sede penale fosse rimasta totalmente azzerata.

12.1. Cospicua e costante è, infatti, la giurisprudenza civile di legittimità che riconosce, in capo al giudice civile, adito per il risarcimento del danno, l'onere del riesame dei fatti emersi nel procedimento penale, pure conclusosi con sentenza assolutoria. Vale la pena citare, al riguardo, fra le più recenti, sez. 3 civ., n. 24475 del 18 novembre 2014, Rv. 633452, secondo cui sebbene la sentenza penale di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale nei confronti di imputato minore non abbia efficacia di giudicato nel giudizio civile risarcitorio, perché esula dalle ipotesi previste negli artt. 651 e 652 c.p.p., tuttavia, nel giudizio civile, ove pure si deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione, il giudice può, nel rispetto del contraddittorio, tener conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale, al fine di ritenere provato il nesso causale fra la condotta del minore e la lesione subita dall'attore. Si tratta di un orientamento ormai consolidato, tenuto conto dell'omologo contributo proveniente dalle Sezioni unite civili che, con sentenza n. 1768 del 26/01/2011, Rv. 616366, hanno ammesso il potere del giudice civile, che pure debba interamente rivalutare il fatto in contestazione dopo che su di esso sia stata pronunciata in sede penale di assoluzione con una delle formule indicate dall'art. 652 c.p.p., di tenere conto degli elementi di prova acquisiti in tale sede. Ma anche da sez. 3 civ., n. 1665 del 29 gennaio 2016, Rv. 638323, si ricava, più in generale, che il principio di autonomia e separazione dei giudizi penale e civile, operante al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 651, 651-bis e 654 c.p.p., esclude l'obbligo per il giudice civile di esaminare e valutare le prove e le risultanze acquisite nel processo penale, ma non giustifica, da parte di questi, la totale omessa considerazione delle argomentazioni difensive, che si fondino sulle prove assunte nel processo penale o sulla motivazione della sentenza penale attinente alla stessa vicenda oggetto di cognizione nel processo civile, potendo egli procedere (così sez. 1, n. 287 del 12 gennaio 2016, Rv. 638396, che richiama i principi espressi da sez. 3 civ., n. 15112 del 17 giugno 2013, Rv. 626948), al diretto esame del contenuto del materiale probatorio, ovvero ricavando tali elementi e circostanze dalla sentenza o, se necessario, dagli atti del relativo processo.

12.2. A ciò va aggiunto che nella riedizione dell'azione civile nella sede propria, dopo la revoca dei capi concernenti le statuizioni civili conseguenti ad abrogazione, il danneggiato ha titolo di richiedere la liquidazione delle somme già riconosciutegli per le spese legali inerenti la partecipazione vittoriosa al processo penale, corrispondenti ad un diritto maturato in relazione all'attività defensionale concretamente svolta.

13. Viene da ultimo in considerazione, pure se non direttamente inclusa nel quesito sottoposto alle Sezioni

unite, la questione, strettamente legata alla precedente dal punto di vista sistematico, della sorte del ricorso proposto dalla parte civile, ai soli effetti civili, avverso sentenza (non di condanna, ma) di assoluzione da uno dei reati in ordine ai quali, nelle more del giudizio di impugnazione, si è prodotto l'effetto abrogativo.

Ed invero la finalità della suddetta impugnazione, legittimata dall'art. 576 c.p.p. contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio, ad opera della parte civile, appare a prima vista, con riferimento al tema che qui ci occupa, quella di non vedersi opporre, così come previsto dall'art. 652 c.p.p., l'efficacia della sentenza penale di assoluzione, nel giudizio civile o amministrativo di danno, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà di legittima.

Su tale questione si registra invero un contrasto fra l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che sostiene l'inammissibilità per carenza di interesse del suddetto ricorso e l'orientamento che conclude invece nel senso della piena ammissibilità. In particolare sez. 2, n. 20206 del 27 aprile 2016, *Were*, Rv. 266680 ha sostenuto che è inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione proposto dalla parte civile avverso la sentenza di assoluzione dal reato di danneggiamento "semplice", trasformato in illecito civile dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, in quanto nel giudizio penale, l'affermazione della responsabilità dell'imputato, pur se ai soli effetti civili, presuppone che il fatto oggetto del giudizio sia considerato dalla legge come reato. In senso opposto, sez. 5, n. 16131 del 24 febbraio 2016, *Aureli*, Rv. 267001, e n. 35341 del 09 marzo 2016, *Frattina*, non mass., hanno ritenuto ammissibile l'impugnazione proposta dalla parte civile, alla luce sia del disposto dell'art. 576 sia della necessità di evitare l'effetto preclusivo dell'art. 652 c.p.p. Analogamente si era espressa, con riferimento alla questione della ammissibilità della impugnazione della parte civile contro sentenza di assoluzione da reato successivamente abrogato, ma in relazione a vicenda ricadente nella vigenza del precedente codice di rito, sez. 6, 21 gennaio 1992, n. 2521, *Dalla Bona*, Rv. 190006.

Orbene, ritengono le Sezioni unite che la questione debba essere risolta nel senso della inammissibilità della impugnazione per carenza di interesse.

Appare in primo luogo evidente che i limiti stessi di operatività del giudicato di assoluzione nei giudizi di danno, come delineati dall'art. 652 c.p.p., restringono di molto la portata della questione.

In tutti i casi nei quali la sentenza di assoluzione ha avuto una formula terminativa diversa da quella "perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o il fatto è stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima", essa

non spiegherebbe efficacia vincolante in un successivo giudizio in sede civile (sez.un. civ., 26 gennaio 2011, n. 1768, Rv. 616366; conforme sez. 3 civ., 30 ottobre 2007, n. 22883, Rv. 600388).

Analoghe conclusioni valgono nel caso di sentenza di assoluzione comunque non emessa a conclusione del dibattimento o del rito abbreviato, oppure determinata da insufficienti elementi di prova (sez. L, n. 3376 del 11 febbraio 2011, Rv. 615991), con la conseguenza che in questi, come nel caso che precede, non potrebbe ravvisarsi, nell'ottica di impedire l'operatività dell'art. 652 c.p.p., l'interesse della parte civile alla relativa impugnazione.

Ma anche con riferimento ai casi di efficacia vincolante, il giudice adito dalla parte civile contro la sentenza di proscioglimento ha, nei limiti del devoluto, i poteri che avrebbe dovuto esercitare il giudice che ha prosciolto; pertanto, può affermare la responsabilità del prosciolto agli effetti civili (come indirettamente conferma il disposto dell'art. 622 c.p.p.) e condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale, virtualmente, alla condanna di cui all'art. 538 c.p.p. (sez. 1, 26 aprile 2007, n. 17321, *Viviano*, Rv. 236599).

In modo finalisticamente simile, seppure con diversità di accenti, la previsione di cui all'art. 576 c.p.p., nell'introdurre una deroga all'art. 538 c.p.p., legittima la parte civile che proponga impugnazione contro la sentenza di proscioglimento, a chiedere al giudice dell'impugnazione, ai fini dell'accoglimento della propria domanda di risarcimento, di affermare, sia pure incidentalmente, la responsabilità penale dell'imputato ai soli effetti civili, statuendo in modo difforme, rispetto al precedente giudizio, sul medesimo fatto oggetto dell'imputazione e sulla sua attribuzione al soggetto prosciolto (sez. 5, 27 ottobre 2010, n. 3670, dep. 2011, *Pace*, Rv. 249698).

Può dunque riconoscersi, sulla stessa linea di sez. un., 11 luglio 2006, n. 25083, *Negri*, Rv. 233918, che il giudizio richiesto dalla parte civile al giudice penale, nella ipotesi descritta, implichi un percorso di accertamento e valutazione strettamente connesso alla conformazione del reato, nelle more abrogato: accertamento che, perciò, deve ritenersi, non diversamente da quello penale, minato nelle sue fondamenta e impedito dalla espunzione della figura del reato dall'ordinamento penale in virtù del fenomeno abolitivo.

Non riconoscendosi tale potestà accertativa al giudice penale, neppure ai fini civili, e conseguentemente negandosi l'accesso della parte civile nel processo penale a tutela di detti interessi, deve contestualmente escludersi che si perfezioni, nel giudizio instaurato per dare completezza alla verifica delle censure della parte civile, l'accertamento destinato a produrre efficacia di giudicato nel giudizio civile ai sensi dell'art. 652 c.p.p. La già costituita parte civile potrà, dunque, adire ex

novo il giudice nella sede naturale per la tutela degli interessi risarcitori senza incontrare preclusioni.

14. Tutto ciò premesso, i principi sopra illustrati possono essere così riassunti: “In caso di sentenza di condanna relativa a un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Il giudice della esecuzione, viceversa, revoca, con la stessa formula, la sentenza di condanna o il decreto irrevocabili, lasciando ferme le disposizioni e i capi che concernono gli interessi civili.”

P. Q. M.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

1. Depenalizzazione e trasformazione di reati in illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili ad opera dei decreti n. 7 e 8 del 2016. – 2. Il contrasto giurisprudenziale sulla sorte delle statuizioni civili: l'apparente irragionevolezza della scelta normativa. – 3. Le peculiarità procedurali e la soluzione delle Sezioni unite. – 4. La sorte dell'azione ex art. 576 c.p.p. nel caso di sopravvenuta abrogazione del reato originario.

1. Depenalizzazione e trasformazione di reati in illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili ad opera dei decreti n. 7 e 8 del 2016

Con i decreti n. 7 e 8 del 2016 il legislatore italiano ha dato attuazione alla legge delega n. 67/2014, con la quale il Parlamento, tra gli altri obiettivi, aveva affidato all'esecutivo il compito di realizzare una complessiva razionalizzazione della normativa penale, attraverso la trasformazione in illeciti amministrativi di tutti i reati puniti con la sola pena della multa o dell'ammenda e l'abrogazione delle altre fattispecie indicate.

Con maggiore dovizia di particolari, il decreto n. 8/2016 ha disposto la depenalizzazione della generalità dei reati puniti con la sola pena pecuniaria (c.d. depenalizzazione “cieca”) e di quelli sanzionati con la pena detentiva nelle ipotesi aggravate (c.d. depenalizzazione nominativa), salve talune ipotesi delittuose contemplate dal codice penale¹, dal testo unico dell'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) e da una serie di disposizioni normative individuate, per materia, da un allegato allo stesso decreto, come edilizia e urbani-

¹ Emblematico il mancato esercizio della delega quanto al reato di immigrazione clandestina previsto dall'art. 659 c.p. che, ad avviso del legislatore, è una fattispecie di disciplina di interessi sensibili per la quale lo strumento penale appare come indispensabile. Cfr. sul punto *Relazione Ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 8/2016*, p. 5.

stica, ambiente, territorio e paesaggio, proprietà intellettuale e industriale².

Maggiore rilievo sistematico ha avuto il decreto “gemello” n. 7/2016, il quale ha abrogato plurime figure criminose trasformandole in nuovi illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili, come per i reati di falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco ex artt. 485 e 486 c.p., ingiuria ex art. 594 c.p. e danneggiamento non aggravato, finora previsto dall'art. 635, co. 1, c.p.

Tali sanzioni, come sancisce l'art. 3 del medesimo decreto, sono previste per la sola forma dolosa dell'abrogando reato entro una forbice edittale che varia da 100 a 8000 euro.

Il legislatore ha poi predisposto peculiari criteri di commisurazione (art. 5) fondati sia sugli elementi oggettivi che su quelli soggettivi del fatto, riproponendo in buona parte, come è stato autorevolmente notato³, i criteri dettati dagli artt. 133 e 133-bis c.p. per la commisurazione della pena.

Va altresì sottolineato che l'irrogazione della sanzione, a norma dell'art. 8, spetta al giudice civile competente a decidere sul risarcimento del danno, il quale provvederà in tal senso soltanto ove accolga la domanda risarcitoria proposta dalla persona offesa. Il *quantum debeatur* andrà integralmente devoluto a favore della Cassa delle Ammende.

Si tratta, a ben vedere, di una sanzione che risponde ad una logica punitiva, i.e. di “pena privata”, non congruente con le tipiche finalità riparativo/consolatorie del risarcimento del danno a norma delle leggi civili⁴.

² Le disposizioni generali sono seguite da prescrizioni particolari, volte a depenalizzare taluni reati espressamente individuati, quali gli atti osceni ex art. 527, co. 1 c.p., le pubblicazioni e spettacoli osceni ex art. 528, co. 1 e 2 c.p., il rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto ex art. 652 c.p., l'abuso della credulità popolare ex art. 661 c.p. e le rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive ex art. 668 c.p.

³ GAROFOLI, *Gli interventi di depenalizzazione e trasformazione di reati in illeciti con sanzioni pecuniarie civili, ad opera dei decreti legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*, in *G.U. 22 gennaio 2015*, in *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, XIII Edizione, 2017, p. 220 e ss.

⁴ Sul punto UCCI, *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 30 Gennaio 2017, pag. 3 e ss., secondo cui «l'apertura a sentenze che accordino punitive *damages*, nel nostro come in altri ordinamenti di civil law, rischia di avere importanti conseguenze a livello di disciplina interna»; del medesimo avviso PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2015, 1, p. 1720; Per una diverso orientamento si rimanda a GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, su *www.dirittopenalecontemporaneo*, 25 Gennaio 2016, per il quale «il nuovo istituto dell'illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili, apre per il futuro nuovi interessanti scenari per una politica criminale orientata alla riduzione dell'area del diritto penale in ossequio al principio di *extrema ratio*».

Il dato maggiormente problematico, sul quale si è innestato il contrasto giurisprudenziale risolto dalle sez. un. con la sentenza in epigrafe, concerne la presenza di una disciplina transitoria solo nel decreto n. 7, in particolare all'art. 12, mentre il decreto n. 8, a fronte della mancanza di una disposizione intertemporale prevede, all'art. 9, la trasmissione all'autorità amministrativa competente degli atti dei procedimenti penali relativi ai reati depenalizzati e l'attribuzione al giudice dell'impugnazione penale, qualora sia stata pronunciata sentenza di condanna, del potere di decidere sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili.

Tali differenze, solo in apparenza prive di fondamento, hanno stimolato il dubbio circa la possibilità che anche per i reati abrogati con il decreto n. 7 fosse possibile, per il giudice penale del gravame, decidere in merito alle sole statuizioni civili contenute nella sentenza di primo grado, così sorvolando sulle diversità anzidette.

2. Il contrasto giurisprudenziale sulla sorte delle statuizioni civili: l'apparente irragionevolezza della scelta normativa

Con ordinanza del 15 Giugno 2016 la Seconda Sezione Penale dalla Suprema Corte, presto atto del contrasto giurisprudenziale esistente, ha disposto la rimessione della seguente questione di diritto al più alto consesso dell'organo nomofilattico: «Se, in caso di sentenza di condanna relativa ad un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile ai sensi del d.lgs. 15 Gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, debba revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili».

Sul punto dialogavano due contrapposti orientamenti, accumulati dall'osservazione di partenza secondo cui, a norma dell'art. 129, co. 1, c.p.p., il giudice penale, in ogni stato e grado del procedimento, è obbligato all'immediata declaratoria di non punibilità quando, tra le altre ipotesi, «il fatto non è previsto dalla legge come reato».

Circostanza quest'ultima che ricorre anche quando, per effetto di una modifica legislativa, si verifica un'*abolitio criminis* idonea, a norma dell'art. 2, co. 2, c.p. a travolgere il muro del giudicato in ossequio al principio di retroazione in *mitius* sancito dagli artt. 3, 117, co.1, cost. e 7 CEDU.

Nella giurisprudenza di legittimità si era formato un primo orientamento, sostenuto in diverse occasioni⁵, che era favorevole al mantenimento, in capo al giudice penale della impugnazione, del potere di decidere il ricorso ai soli effetti civili.

Tale conclusione si fondava su distinte argomentazioni: in primo luogo il tenore *strictu sensu* letterale dell'art. 2, co.2, c.p. che prevede la cessazione dell'esecuzione e dei soli "effetti penali" di una sentenza in conseguenza dell'*abolitio criminis* del reato precedentemente ascritto;

in secondo luogo l'art. 11 delle preleggi che, nello statuire che la legge «non dispone che per l'avvenire», spiegherebbe efficacia salvifica sul diritto, acquisito dalla parte civile, a vedere esaminata la propria azione già incardinata nel processo penale, fatta eccezione per il caso, non messo in discussione, in cui l'abrogazione sopravvenga all'istaurazione di un giudizio di primo grado non ancora definito;

in terzo luogo corroborava la tesi in esame la possibilità (poi confutata dalle sez.un.) di applicare analogicamente il disposto *ex art.* 9, co. 3, del decreto n. 8/2016 che, come detto in precedenza, riconosce al giudice della impugnazione il potere di decidere il ricorso ai soli effetti civili, come *aliunde* previsto anche dall'art. 578 c.p.p. per il diverso caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia;

infine, i fautori dell'orientamento in parola, adducevano la conformità delle conclusioni anzidette con i principi di non discriminazione e di ragionevole durata del processo *ex artt.* 3 e 111 cost., che sarebbero stati altrimenti scarificati da una diversa ricostruzione interpretativa.

Tali argomentazioni, pur forti di una solida base normativa, non erano condivise dal diverso indirizzo esegetico propugnato per la prima volta dalla Cassazione con la sentenza n.15634/2016⁶, che forniva alla *questio iuris* una soluzione più "ortodossa" in quanto pienamente conforme al principio di legalità, nazionale e convenzionale, *ex artt.* 25, co. 2, cost. e 7 CEDU.

Tale filone interpretativo traeva linfa da una recente pronuncia della Consulta⁷ che aveva dissipato ogni dubbio di legittimità costituzionale sull'art. 538 c.p.p. nella parte in cui, tale norma, limita la decisione sulla domanda della parte civile alla condanna dell'imputato.

Con maggiore precisione i giudici delle leggi avevano ritenuto la piena compatibilità della previsione in parola con la scelta del legislatore di rendere tendenzialmente autonomo il giudizio penale da quello civile, con la conseguenza che la costituzione di parte civile nel processo penale non può che avere natura accessoria e subordinata alle finalità del processo, *in primis* quella dell'accertamento della penale responsabilità in ordine al fatto commesso.

Il secondo orientamento, muovendo da tale questo presupposto, non condivideva l'interpretazione dell'art. 2, co. 2, c.p. come sostenuta dai fautori della prima tesi, né riteneva applicabile analogicamente il

⁵ Cass., sez. V pen., 9 febbraio 2016, n. 7124; Cass., sez. V pen., 15 febbraio 2016, n. 14041; Cass., sez. V pen., 3 marzo 2016, n. 28643

⁶ Cass., sez. V pen., 19 febbraio 2016, n. 15634, poi seguita, tra le altre, da Cass., sez. V pen., 9 marzo 2016, n. 14044 e Cass., sez. V pen., 1 aprile 2016, n. 1614.

⁷ Il riferimento è a C. Cost., 29 gennaio 2016, n. 12.

meccanismo previsto dall'art. 9, co. 3, del decreto n. 8/2016, che più correttamente andava invece inteso, come anche l'art. 578 c.p.p., quale norma eccezionale e derogatoria rispetto ad un principio generale, non suscettibile di applicazione al di fuori dei casi previsti dalla norma stessa, pena la violazione del divieto ex art. 14 delle preleggi.

Dubbi residuavano anche in merito alla possibilità di riscontrare l'*aedem ratio* tra i menzionati decreti posto che entrambi, per i profili strettamente incidenti sulle fattispecie di parte speciale, hanno realizzato l'ambizioso obiettivo di decongestionamento del sistema penale.

Nella sentenza in commento le sez. un., condividendo le argomentazioni di questo secondo indirizzo interpretativo, hanno ricostruito, in chiave sistematica, le peculiarità procedurali sottese ai decreti di recente emanazione.

3. Le peculiarità procedurali e la soluzione delle Sezioni unite

Nel risolvere la complessa questione di diritto sottopostagli, gli ermellini hanno recepito la lezione costituzionale espressa dalla Consulta in merito alla legittimità delle limitazioni alla domanda della parte civile nel processo penale, procedendo, come auspicato dalla dottrina⁸, ad una ricostruzione puntuale delle recenti operazioni deflative.

Come visto nel paragrafo precedente, l'orientamento ostile al riconoscimento del potere del giudice dell'impugnazione di statuire ai soli effetti civili in caso di abrogazione del reato precedentemente ascritto, veniva desunta dalla differente intelaiatura normativa dei decreti n. 7 e 8 del 2016.

La Corte, nel condividere tale osservazione, ha reimpostato i termini del contendere attraverso un'indagine fedele ai tradizionali canoni interpretativi ex art. 12 delle preleggi

Ad avviso del più alto Consesso, infatti, la soluzione alla *questio iuris* richiede innanzitutto l'attento esame del dato letterale: solo il decreto n. 7 prevede una disciplina transitoria (art. 12) che si pone in continuità con il procedimento previsto dalle norme precedenti, le quali, all'abrogazione per classi di reati realizzata con i primi due articoli, aggiungono una nuova sanzione pecuniaria civile per le sole forme dolose degli "abrogandi" reati (art. 3), commisurabile in base a specifici criteri (art. 5) da parte del giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno (art. 8), ossia il giudice civile.

Il coevo d.lgs. n. 8, pur collegato teleologicamente alle finalità semplificatorie richieste della legge delega, contiene una diversa disciplina transitoria (art. 8) che, derogando al principio di irretroattività delle sanzio-

ni amministrative previsto dall'art. 1 l. n. 689/1981, prevede l'applicabilità della sanzione amministrativa risultante dal processo di depenalizzazione anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o decreto divenuti irrevocabili⁹.

Tuttavia – e qui sta la differenza con l'ipotesi precedente – qualora sia stata già pronunciata sentenza di condanna il giudice del gravame, nel dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato ex art. 129, co.1, c.p.p., decide sull'impugnazione ai soli effetti civili (art. 9, co. 3.1).

Se tale evenienza fosse riconosciuta anche per le ipotesi previste dal decreto n. 7, non solo sarebbe violato l'art. 14 delle preleggi in quanto l'art. 9, co. 3.1 fa eccezione alla regola generale, ma si attribuirebbe ad un giudice incompetente (ossia quello penale della impugnazione) il potere di applicare sanzioni pecuniarie civili che esulano dalla sua giurisdizione.

Per queste ragioni, ad avviso della Corte la «differenza delle discipline transitorie rispecchia la più generale scelta di congegnare due sistemi con opzioni tecnico-normative differenziate ed autonome, l'uno per realizzare le abrogazioni con introduzione delle sanzioni civili e l'altro per le depenalizzazioni, con seguito nella sede di applicazione delle sanzioni amministrative: scelta resa palese dal fatto di avere, il Governo, fatto ricorso a due strumenti legislativi diversi anche per estremi formali di identificazione».

Va poi precisato che la diversa fisionomia dei due decreti è frutto di una diversità oggettiva dei reati aboliti: dalla Relazione illustrativa si evince infatti che le ipotesi delittuose abrogate sono fattispecie in grado di incidere su interessi di natura privata e, di norma, procedibili a querela; per converso i reati depenalizzati incidono su interessi pubblici e sono normalmente perseguibili d'ufficio.

A questa prima indagine condotta sul piano letterale le sez.un. aggiungono ulteriori considerazioni di ordine sistematico, dando lustro, come anticipato, alle conclusioni raggiunte dalla Consulta nella nota sentenza n. 12/2016.

⁹ L'art. 8, co.1, d.lgs. n. 8/2016 pone una deroga ancor più forte al principio irretroattività delle sanzioni amministrative previsto dall'art. 1 l. n. 689/1981 rispetto a quanto già determinato dagli artt. 40 e 41 della stessa legge di depenalizzazione. Sul punto non può sottacersi come la recente scelta del legislatore si collochi in netta controtendenza con le conclusioni raggiunte dall'organo nomofilattico in Cass., sez. un. pen., 28 giugno 2012, n. 25547, nella quale gli ermellini hanno "ripudiato" la tesi della persistenza dell'illecito nel processo di metamorfosi di una determinata fattispecie da penale ad amministrativa, ritenendo che la degradazione non solo modifica la natura della sanzione, ma esclude anche il rilievo penale del precetto in base ad una diversa valutazione del disvalore sociale del fatto. Circostanza quest'ultima che inibisce l'operatività della successione nel tempo tra sanzione penale e illecito amministrativo ex art. 2, co. 4, c.p.

⁸ In tal senso MONTAGNA, *Depenalizzazioni: risolto il contrasto sulla sorte delle statuizioni civili*, in *Il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer*, 15 novembre 2016

Il disconoscimento del potere del giudice penale di decidere sull'impugnazione ai soli effetti civili trova conferma nel principio espresso dall'art. 538 c.p.p., norma che pone la regola dell'ancillarità dell'azione civile nel processo penale, per effetto della quale la prima ne "subisce" le finalità, *in primis* quella di pervenire all'accertamento della responsabilità penale in ordine al fatto commesso.

Tale soluzione si pone in linea di continuità con il combinato disposto degli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p.p., giacché solo l'esistenza di un reato, puntualmente accertato dall'autorità giudiziaria, legittima l'azione della parte civile nel processo penale e il risarcimento del danno.

Se così non fosse si verrebbe alla speciosa conclusione che la condotta illecita debba essere risarcita dal giudice penale in base alle regole della tutela aquiliana *ex art.* 2043 c.c., rispetto alle quali, però, sarebbe incompetente.

Né è possibile negare, come precisato dalla Cassazione, che la regola *ex art.* 538 c.p.p. sia applicabile anche al giudizio di impugnazione: in senso positivo depone l'art. 598 c.p.p., che prevede un generalizzata estensione delle regole del grado precedente alla fase del gravame; in senso negativo non è condivisibile l'applicazione analogica dell'art. 578 c.p.p., che, anche in questo caso, va più correttamente intesa come norma eccezionale che attribuisce al giudice della impugnazione penale il potere di statuire ai soli effetti civili nel caso in cui il reato precedentemente ascritto venga amnistiato o sia prescritto.

Se così non fosse non solo verrebbe ingiustamente sacrificato il diritto di difesa della parte civile, ma sarebbe violato il divieto di analogia *ex art.* 14 delle preleggi in quanto l'art. 578 c.p.p. «è norma che fa eccezione ad un precetto generale», come l'art. 9, co. 3.1, d.lgs. n. 8/2016 per quanto già visto in precedenza.

Da ultimo la Suprema Corte sottopone a vaglio critico la compatibilità della conclusioni raggiunte con i principi di non discriminazione e del giusto processo *ex artt.* 3 e 111 cost.

Una parte della giurisprudenza di legittimità, come visto, ne aveva dubitato interpretando la soluzione accolta dalle sez. un. come negazione del diritto di difesa della parte civile, al netto di una scelta complessivamente diseconomica.

Ciò in quanto si riteneva possibile un contrasto tra giudicati dal momento che, il giudice civile, sarebbe stato chiamato ad una rivalutazione del medesimo fatto, con una palese disparità di trattamento tra il danneggiato costituitosi parte civile in un processo per un reato poi abrogato e colui che si era costituito in un processo conclusosi con la stessa formula assolutoria per un reato, invece, depenalizzato.

Anche rispetto a questi nodi esegetici la riflessione degli ermellini muove dai principi enunciati dalla Corte Costituzionale nella sentenza summenzionata:

il dubbio di costituzionalità ai sensi dell'art. 3 cost. è facilmente superabile aggiungendo alle peculiarità procedurali previste dai due decreti il principio enunciato dalla Consulta secondo cui «ogni separazione dell'azione civile dall'ambito del processo penale non può essere considerata una menomazione o una esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale giacché la configurazione di quest'ultima, in vista delle esigenze proprie del processo penale, è affidata al legislatore»¹⁰.

Più complessa la compatibilità del predetto disconoscimento con il canone della ragionevole durata del processo.

Premesso che un *vulnus* a tale principio sussiste solo quando la dilatazione dei tempi processuali non è sorretta da alcuna logica giustificazione – che nel caso di specie sussiste per le peculiarità procedurali volute dal legislatore – la bontà della scelta delle sez. un. e, dunque, la sua piena compatibilità con il dettato costituzionale, si desume dalla comparazione con la disciplina, europea e convenzionale, di riferimento.

In particolare la Direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime da reato, all'art. 16, par. 1, impone agli Stati membri l'obbligo di garantire alla vittima di un reato di ottenere il risarcimento entro un ragionevole lasso di tempo, subordinandolo però alla condizione che il diritto nazionale non preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un diverso procedimento giudiziario.

Tale evenienza è espressamente sancita dall'art. 8 d.lgs. n. 7/2016.

Né sussiste incompatibilità con il diritto convenzionale, ossia con l'art. 6 CEDU e, quindi, con l'art. 117, co. 1, cost., dal momento che la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo non ha mai riconosciuto la violazione del diritto di accesso ad un tribunale per la parte civile quando questa non abbia visto valutata la sua domanda per esito del processo penale diverso dalla condanna.

Anche i giudici della grande Europa hanno più volte precisato che la violazione siffatta sussiste solo quando la parte civile non disponga di rimedi alternativi ed efficaci per far valere le sue pretese¹¹, che, come visto, sono previsti nel caso in esame.

Va poi considerato, come avverte il più autorevole Consesso, che la revoca, in caso di abrogazione, dei capi della sentenza concernenti gli interessi civili, non azzerava totalmente l'istruttoria già espletata nel processo penale in quanto, per costante giurisprudenza di legittimità¹², il giudice competente a conoscere del

¹⁰ Così C. Cost., 29 gennaio 2016, n. 12 e, in termini analoghi C. Cost., 30 dicembre 1997, n. 443, e C. Cost., 2 maggio 1991, n. 192

¹¹ Da ultimo C.E.D.U., sez. III., 25 Giugno 2013, S.C. Rompetrol S.A. e S.C. Geomin S.A. e altri c. Romania.

¹² Sul punto Cass., sez. III Civ., 18 novembre 2011, n. 24475,

risarcimento del danno è onerato (ne ha facoltà non un vero obbligo) del riesame dei fatti emersi nel procedimento penale.

Peraltro nella proposizione dell'azione civile il danneggiato ha titolo per chiedere la liquidazione delle somme già riconosciutegli per le spese legali inerenti la vittoriosa partecipazione al processo penale, in base ad un diritto già maturato e non scalfito dalla pronuncia assolutoria.

Per completezza le sez. un. precisano che ad una conclusione parzialmente diversa si deve pervenire qualora il reato abrogato sia stato già definito con sentenza passata in giudicato.

In tal caso, come chiaramente si desume dall'art. 12, co. 2, d.lgs. n. 7/2016, il giudice dell'esecuzione non revoca la sentenza definitiva per la parte relativa alle statuizioni civili che, pertanto, continuano ad essere fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata.

Conclusione, quest'ultima, giustificata in base al fatto che «il diritto al risarcimento del danno è stato riconosciuto con riferimento ad un fatto reato che, al momento della pronuncia stessa, era stato accertato come tale con relativa condanna penale e il successivo venir meno di questa per effetto dell'abrogazione non può incidere sulla cristallizzazione del giudicato riguardo ai capi civili della sentenza».

4. La sorte dell'azione ex art. 576 c.p.p. nel caso di sopravvenuta abrogazione del reato originario

A margine della sentenza sin qui esaminata, le sez. un. «hanno approfittato» dell'occasione per risolvere un ulteriore contrasto giurisprudenziale su una questione, seppur non richiamata, ma espressamente collegata, dal punto di vista sistematico, con quella oggetto dell'indagine principale.

Si tratta della sorte del ricorso ex art. 576 c.p.p. proposto dalla parte civile, ai soli effetti civili, avverso una sentenza (non di condanna, ma) di assoluzione da uno dei reati in ordine ai quali, nelle more del giudizio di impugnazione, si è prodotto l'effetto abrogativo.

A prima vista la questione sembrerebbe di facile soluzione in base al combinato disposto degli artt. 576 e 652 c.p.p., che lascerebbe propendere per l'ineoperatività della sopravvenuta pronuncia assolutoria nei confronti della parte civile.

Tale conclusione però era fortemente avversata dalla giurisprudenza maggioritaria – e dello stesso segno è

secondo cui «sebbene la sentenza di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale abbia efficacia di giudicato nel giudizio civile risarcitorio, perché esula dalle ipotesi previste negli artt. 651 e 652 c.p.p., tuttavia, nel giudizio civile, ove pure si deve interamente e autonomamente rivalutare il fatto in contestazione, il giudice può, nel rispetto del contraddittorio, tener conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale al fine di ritenere provato il nesso causale fra la condotta del minore e la lesione subita dall'attore». In precedenza, dello stesso tenore, Cass., sez. un. civ., 26 gennaio 2011, n. 1768.

anche la soluzione del più alto Consesso – che riteneva inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, la domanda della parte civile, in quanto subordinata all'imprescindibile *conditio* che il fatto oggetto di giudizio fosse considerabile come reato¹³.

Di diverso avviso l'indirizzo minoritario¹⁴ che, invece, sosteneva la soluzione opposta in base al combinato disposto ex artt. 576 e 652 c.p.p.

La Suprema Corte, come detto, ha aderito alla prima tesi osservando, in primo luogo, che lo stesso art. 652 c.p.p. è testimone della limitata efficacia del giudicato penale di assoluzione nel giudizio amministrativo o civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno, richiedendo non solo che la pronuncia abbia avuto una delle tre formule terminative perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o il fatto è stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, ma anche che sia stata assunta all'esito di dibattimento o di rito abbreviato.

In modo finalisticamente simile l'art. 576 c.p.p., nell'introdurre una deroga all'art. 538 c.p.p. (esaminato nel paragrafo precedente), legittima la parte civile che proponga impugnazione contro la sentenza di proscioglimento, a chiedere al giudice dell'impugnazione, ai fini dell'accoglimento della propria domanda, di affermare, seppur incidentalmente, la responsabilità penale dell'imputato ai soli effetti civili, statuendo in modo difforme, rispetto al precedente giudizio, sul medesimo fatto.

È allora evidente, secondo la prospettazione fornitaci dagli ermellini, che tale accertamento implichi una valutazione sul reato nelle more abrogato che, pertanto, non diversamente da quello penale in senso proprio, deve ritenersi minato alle fondamenta dal fenomeno abrogativo a men che non si voglia riconoscere al giudice penale una potestà accertativa che esula dalla sua competenza e che, tuttavia, non pregiudica la già costituita parte civile dalla possibilità di adire *ex novo* il giudice civile per la tutela degli interessi risarcitori.

A sommo avviso di chi scrive, il modo «sbrigativo» con cui le sez. un. hanno licenziato la *questio iuris* a margine della sentenza in epigrafe non è degno di nota.

Sarebbe forse stato opportuno un maggiore approfondimento viste le sensibili differenze che intercorrono tra detta questione e quella affrontata nella parte centrale.

Occorre notare che il fenomeno abrogativo realizzato dal d.lgs. n. 7/2016 – e le medesime conclusioni valgono, come visto, anche per la depenalizzazione – ha espunto dal nostro ordinamento molteplici fattispecie di parte speciale, contestualmente degradando

¹³ Capofila di questo primo orientamento la recente sentenza Cass., sez. II pen., 27 aprile 2016, n. 20206.

¹⁴ Da ultimo Cass., sez. V pen., 24 Febbraio 2016, n. 16131.

done talune ad illeciti puniti con sanzione pecuniaria civile.

Nel caso in cui per uno reati abrogati penda impugnazione, il giudice del gravame è obbligato, *ex art. 129, co.1, c.p.p.* ad emettere una pronuncia assolutoria, revocando anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Fa eccezione l'ipotesi in cui il fatto sia stato già giudicato con sentenza irrevocabile, nel qual caso il giudice dell'esecuzione lascia ferme le relative statuizioni.

Tanto premesso, l'art. 652 c.p.p. richiama espressamente la sentenza assolutoria definitiva e pertanto, il sancito dalla norma, non si vede come non possa ritenersi operante – anche in base a quanto sostenuto dallo stesso Collegio nella parte centrale della sentenza – qualora il reato abrogato sia stato già giudicato con sentenza definitiva.

Una diversa conclusione parrebbe di ingiusto sacrificio per il diritto di difesa della parte civile, come riconosciuto e garantito, *in primis*, dall'art. 24 cost.

Salvatore Ioppoli
Dottore in Giurisprudenza

Ne bis in idem e diritto vivente nell'ordinamento multilivello: il fatto nella dimensione empirica delineata dalla consulta

Nota a Corte costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200

abstract

With annotated sentence, the Constitutional Court preliminarily defines the ontological scope of the phrase "same acts" in Article 649 of Italian criminal procedure code, clarifying that the empirical fact to be considered for the application of the principle of ne bis in idem is not limited to only one component of the conduct (as envisaged by the referring court), but also includes the causal link and event elements; only necessary requirement is that these are all taken in their purely naturalistic sense, according to the consolidated stance of the ECHR, by stable weather in identifying the notion "same offence" in that same historical fact. Declares, then, the illegality of the aforementioned provision on the finding that the internal living law has ruled that we can't apply the prohibition of a second trial for the mere existence of a formal concurrence between the offenses at the base of the distinct processes; legal evaluations related to the establishment of the concurrence of offences, in fact, are included in the censored field of the legal idem, a criterion contrary to the naturalistic meaning adopted in the conventional space and, therefore, to the constitutional principle contained in Article 117 of Italian Constitution.

keywords

Ne bis in idem – Concurrence of offences – Historical fact, Constitutional Court – ECHR – Living law – Eternit-bis.

abstract

Con la pronuncia annotata, la Corte costituzionale definisce preliminarmente il perimetro ontologico del sintagma "medesimo fatto" di cui all'art. 649 c.p.p., chiarendo che il dato empirico da considerare ai fini dell'operosità del principio di ne bis in idem non si limita alla sola componente della condotta (così come prospettato dal giudice remittente), ma include anche gli elementi di nesso causale e di evento; unico necessario requisito è che questi siano tutti assunti nella loro accezione puramente naturalistica, in conformità al consolidato orientamento

della Corte EDU, da tempo stabile nell'identificare la nozione "same offence" in quella di medesimo fatto storico. Dichiara, poi, l'illegittimità della suindicata disposizione sul rilievo secondo cui il diritto vivente interno ha escluso che si possa applicare il divieto di un secondo giudizio per la sola sussistenza di un concorso formale tra i reati posti alla base dei distinti processi; le valutazioni giuridiche connesse all'accertamento dell'ipotesi concorsuale rientrano, infatti, nel censurato ambito dell'idem legale, criterio in contrasto con il significato naturalistico accolto nello spazio convenzionale e, pertanto, con il parametro costituzionale di cui all'art. 117 Cost.

parole chiave

Ne bis in idem – Concorso formale – Fatto storico – Corte costituzionale – CEDU – Diritto vivente – Eternit-bis.

Processo penale – Divieto di un secondo giudizio (ne bis in idem) – Previsione che "l'imputato prosciolti o condannati con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze" – Esclusione, secondo il diritto vivente, che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra i reati oggetto della res iudicata e della res iudicanda – Contrasto con l'art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, che vieta di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo – Violazione del vincolo di osservanza degli obblighi internazionali – Illegittimità costituzionale in parte qua.

È costituzionalmente illegittima, in quanto violatrice del parametro di cui all'art. 117 Cost., per tramite dell'art. 4, Prot. 7 CEDU, la disposizione ex art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude l'applicabilità del divieto di un secondo giudizio sul medesimo fatto per la sola

esistenza di un concorso formale tra il reato vagliato nel processo definito con sentenza passata in giudicato e quello per cui si è instaurato il nuovo procedimento penale.

Corte Costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200
Pres. Grossi, Rel. Lattanzi

(*Omissis*)

Considerato in fatto

1. – Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino, con ordinanza del 24 luglio 2015 (r.o. n. 262 del 2015), ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico"», con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «Protocollo n. 7 alla CEDU»), adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98.

Il rimettente premette di dover decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio per omicidio doloso di un imputato, che è già stato giudicato in via definitiva per il medesimo fatto storico ed è già stato prosciolto per prescrizione dai reati di disastro doloso (art. 434 del codice penale) e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.), in danno di numerose persone. Ben 186 di queste figurano tra le 258 vittime dei delitti di omicidio, per i quali è stata nuovamente esercitata l'azione penale.

Il giudice a quo osserva che, sotto il profilo storico-naturalistico, i fatti devono ritenersi identici. Le imputazioni si incentrano sulle attività svolte dall'imputato, nella qualità di responsabile di alcuni stabilimenti ove veniva impiegato l'amianto, e riguardano l'omissione di misure idonee a prevenire la lesione dell'integrità fisica dei lavoratori e la diffusione di materiali contaminati dalla sostanza cancerogena, con conseguente morte di 258 persone.

Le sentenze dichiarative dell'estinzione dei reati previsti dagli artt. 434 e 437 c.p. per prescrizione confermano, a parere del rimettente, che identico deve ritenersi il nesso causale, già verificato positivamente, e le ulteriori condotte descritte nel nuovo capo di imputazione per rafforzare l'ipotesi accusatoria, ma già oggetto di valutazione da parte dei primi giudici.

Nonostante tale acclarata identità dei fatti storici il giudice a quo esclude di poter dichiarare non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p., come è stato richiesto dalla difesa, perché, sulla base del diritto vivente, questa disposizione vieta di procedere nuovamente

per uno stesso fatto, solo in presenza di condizioni che non ricorrono nel caso di specie.

Con ampia disamina della giurisprudenza di legittimità il rimettente ritiene che il divieto di *bis in idem* esiga, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., l'identità, secondo criteri giuridici, della triade "condotta-evento-nesso di causa". È possibile che ad una medesima azione od omissione storica corrisponda una pluralità di "eventi giuridici", per la diversità della natura dei reati e degli interessi che essi tutelano, con la conseguenza che, in tal caso, il fatto, pur identico nella sua dimensione naturalistica, non può considerarsi tale ai fini della preclusione del *bis in idem*.

In particolare quest'ultima non potrebbe operare in caso di concorso formale di reati, ovvero quando con un'unica azione od omissione si commettono più illeciti penali.

Il giudice *a quo* osserva che nel caso sottoposto al suo scrutinio il delitto di omicidio doloso 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.

Gli eventi giuridici cagionati dalla condotta omissiva dell'imputato sarebbero perciò plurimi e tale circostanza non permetterebbe di applicare l'art. 649 c.p.p.

A questo punto sorge il dubbio di legittimità costituzionale del rimettente, il quale, anche qui con ampie citazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti «Corte EDU»), reputa che il divieto di *bis in idem* in materia penale enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU abbia carattere più ampio della corrispondente regola prevista dall'art. 649 c.p.p.

Dalla sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, osserva il giudice *a quo*, si è consolidato il principio secondo cui ha rilievo solo l'identità del fatto storico, valutato con esclusivo riguardo alla condotta dell'agente, senza che in senso contrario si possa opporre il difetto di coincidenza tra «gli elementi costitutivi degli illeciti», con particolare riguardo alla pluralità degli eventi giuridici.

In applicazione di tale criterio, si dovrebbe adottare nel processo principale una sentenza di non luogo a procedere; a ciò tuttavia sarebbe di ostacolo il diritto vivente formatosi sull'art. 649 c.p.p., che andrebbe perciò dichiarato illegittimo allo scopo di recepire la più favorevole nozione di *bis in idem* accolta dalla Corte EDU.

Tale nozione non solo non contrasterebbe con alcun parametro costituzionale, ma sarebbe altresì in armonia con l'art. 111, secondo comma, Cost., che enuncia il principio di ragionevole durata del proces-

so. Si eviterebbe, infatti, che una persona possa conservare la posizione di imputato per lo stesso fatto, «oltre il tempo “ragionevolmente” necessario a definire il processo».

2. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile.

La questione sarebbe irrilevante, perché il rimettente non ha indicato la data di morte delle persone offese, e perché, in ogni caso, sarebbe stato omesso un tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione impugnata.

Inoltre, il giudice *a quo* sarebbe carente di “legittimazione” attiva, perché la decisione che deve adottare non avrebbe i caratteri della definitività.

3. – Si è costituito in giudizio l'imputato del processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata fondata.

La parte privata sostiene che vi è una «sovrapposizione pressoché totale» tra i fatti addebitati e quelli per i quali è già stata dichiarata l'estinzione dei reati per prescrizione, e che ciò dovrebbe comportare, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, l'applicazione del divieto di *bis in idem*, che ha vigore anche rispetto alle sentenze di non doversi procedere conseguenti alla prescrizione.

Si aggiunge che la giurisprudenza europea è senza dubbio consolidata nel senso che il fatto deve essere «ricostruito avendo riferimento alla condotta e non già anche all'evento».

La parte privata si sofferma, poi, sulla compatibilità con la Costituzione del divieto di *bis in idem*, nella versione recepita dalla Corte EDU, e osserva che nella tradizione giuridica italiana questo divieto, che non trova un esplicito riconoscimento nella Carta, ha vissuto in «una prospettiva processualistica», quale «presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo». Per questa ragione «l'ampiezza dell'operatività del concetto di “fatto”, rispetto al quale va verificata la identità o no del procedimento, è frutto di una decisione del legislatore di carattere del tutto convenzionale non esistendo, sul piano logico-giuridico, la possibilità di giungere ad una sola conclusione ammissibile».

La Corte EDU avrebbe però «rovesciato completamente la prospettiva», valorizzando il divieto di *bis in idem* come «diritto (fondamentale) dell'individuo a non essere giudicato due volte». In questa ottica, «il criterio di determinazione dell'identità del fatto non può che spostarsi su una valutazione non formalistica, ma sostanzialistica, centrata essenzialmente sulla condotta meritevole di censura». Sarebbe perciò necessario avere riguardo alla sola identità della condotta, anziché a «dati di carattere giuridico-formale».

Questo assetto si collegherebbe anzitutto agli artt. 25, secondo comma, e 27, secondo comma, Cost., dai

quali dovrebbe ricavarsi un interesse dell'imputato ad essere sottratto indefinitamente all'azione penale per il medesimo fatto, ovvero alla «quiete penalistica», posto che, in caso contrario, vi sarebbe «una ingiustificata persecuzione».

In secondo luogo, il principio del *ne bis in idem* si armonizzerebbe con gli artt. 2 e 3 Cost., collocandosi nel catalogo aperto dei diritti fondamentali, che debbono avere prevalenza su ogni altro principio costituzionale, e quindi anche sul principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Il divieto di *bis in idem* infine apparterrebbe ai tratti costitutivi del giusto processo, assicurato dall'art. 111 Cost., e, nella versione recepita dalla Corte EDU, si accorderebbe con la natura accusatoria del procedimento penale, la quale, «proprio perché muove da una piena consapevolezza dei limiti della verità processuale», implica che «il processo deve svolgersi nel rispetto dei diritti e delle posizioni individuali».

4. – Si è costituita in giudizio l'Associazione Familiari Vittime Amianto, parte civile nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque non fondata.

La parte privata contesta anzitutto che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, posto a confronto con l'art. 649 c.p.p., abbia una portata di maggior favore per l'imputato.

Mentre la norma nazionale si applica anche se l'imputato è stato prosciolto per prescrizione nel primo giudizio, quella convenzionale esige che egli sia stato «acquitté ou condamné», impiegando un'espressione che «viene ricondotta dalla tradizione giuridica francese esclusivamente a quei casi in cui l'imputato viene assolto a seguito di un riconoscimento della sua totale estraneità ai fatti». La disposizione convenzionale non troverebbe quindi spazio ove il primo procedimento si fosse arrestato per la sopraggiunta prescrizione, e di conseguenza la questione di legittimità costituzionale sarebbe priva di rilevanza.

Inoltre, mentre per l'art. 649 c.p.p. il divieto di *bis in idem* presuppone un medesimo fatto, per l'art. 4 del Protocollo n. 7 presuppone l'identità di «*une infraction*», ovvero, a parere della parte privata, del reato nella sua qualificazione giuridica. Anche sotto questo aspetto la tutela convenzionale sarebbe meno ampia di quella offerta dall'ordinamento nazionale.

Infine la giurisprudenza della Corte EDU non potrebbe mai avere carattere vincolante per l'interprete nazionale, il che implicherebbe un ulteriore profilo di inammissibilità della questione.

La parte privata conclusivamente osserva che la nozione del divieto di *bis in idem* che il rimettente chiede di introdurre sarebbe in contrasto con l'art. 112 Cost., perché determinerebbe un “ridimensionamento” del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

5. – Si sono costituiti M.G., M.M., L.L. e C.M.V., già costituiti parti civili nel processo principale, chie-

dendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata.

L'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza si basa sul rilievo che i fatti per i quali è intervenuta la prescrizione e quelli per cui pende il giudizio a quo non sarebbero i medesimi. L'evento morte sarebbe estraneo alla fattispecie dei reati previsti dagli artt. 434 e 437 c.p., e determinerebbe un fatto diverso sotto il profilo, sia dell'evento, sia del nesso causale.

Nel merito, la giurisprudenza europea formatasi sul divieto di *bis in idem*, pur agganciata alla dimensione storico-naturalistica del fatto, imporrebbe di prendere in considerazione non soltanto la condotta dell'imputato ma anche ogni effetto che da questa sia derivato. La questione sarebbe perciò non fondata, posto che la diversità degli eventi nel caso di specie renderebbe inapplicabile l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Le parti private aggiungono che, se si dovesse invece limitare l'accertamento alla identità della sola condotta, si produrrebbero effetti manifestamente irragionevoli, in contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Il pubblico ministero sarebbe infatti costretto a «concentrare» [...] in un unico contesto processuale l'iniziativa punitiva», anche quando l'evento si può verificare a distanza di anni dalla condotta comunque punibile, «con buona pace per la maggior parte dei procedimenti per omicidio o lesioni conseguenti a reati ambientali».

Si introdurrebbe in tal modo un «vuoto di tutela» di beni giuridici primari, che sarebbe in contrasto anche con l'«obbligo di criminalizzazione» che la CEDU imporrebbe a tutela del diritto alla salute e di quello alla vita, diritti che, richiedendo un più elevato livello di tutela, dovrebbero prevalere ai sensi dell'art. 53 della CEDU.

6. – Si è costituita in giudizio l'Associazione italiana esposti amianto, già parte civile nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata.

La parte privata ritiene che il primo processo nei confronti dell'imputato, conclusosi con la dichiarazione di estinzione dei reati per prescrizione, non abbia avuto per oggetto l'accertamento relativo alla morte delle vittime e al nesso di causalità.

La questione sarebbe perciò priva di rilevanza, perché questa Corte dovrebbe esprimere «un parere astratto» circa la compatibilità dell'art. 649 c.p.p. con la tutela convenzionale.

Nel merito, la parte privata rileva che «immaginare un sistema in cui un comportamento criminale possa essere oggetto di valutazione una sola volta [...] porterebbe a risultati totalmente illogici», perché sarebbe preclusa «la persecuzione di ulteriori e diversi reati che si integrassero successivamente», come nel caso della morte di altre vittime, sopraggiunta alla conclusione del primo giudizio penale.

Ciò determinerebbe una «lacuna normativa assolutamente inaccettabile per le singole vittime», che potrebbe determinare anche una violazione della CEDU «per il vuoto sanzionatorio che si verrebbe a creare».

7. – Si sono costituiti in giudizio G.M.G., C.M., C.Mi. e R.F., già parti civili nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata, con argomenti analoghi a quelli sviluppati dall'Associazione italiana esposti amianto.

8. – Si sono costituiti i Comuni di Casale Monferrato, Ozzano Monferrato, Cella Monte, Rosignano Monferrato e Ponzano Monferrato, già parti civili nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata.

Le parti private contestano in primo luogo che i fatti già giudicati e quelli per cui pende il processo principale siano i medesimi dal punto di vista storico-naturalistico. Nel giudizio a quo sarebbero addebitate all'imputato condotte positive che non furono oggetto della prima imputazione, relativa a mere omissioni, e in ogni caso vengono in rilievo le morti di 258 persone, alcune delle quali sopravvenute rispetto al primo processo. Tali morti sono elementi costitutivi del reato di omicidio, mentre il giudizio conclusosi con la prescrizione non verteva, né su di esse, né sul nesso causale tra gli eventi letali e la condotta dell'imputato.

Ciò determinerebbe l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

Inoltre, a parere delle parti private, il rimettente non ha adeguatamente apprezzato la giurisprudenza della Corte EDU, che, pur nel riferimento alla dimensione storica del fatto, non impedirebbe di assumere in considerazione tutti gli elementi che realizzano il reato, e, tra questi, l'evento. A conferma di ciò pongono in evidenza che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU si riferisce all'identità del reato, nozione entro cui andrebbero inclusi gli «eventi», intesi come «effetti concreti» o «conseguenze» che connotano la figura criminosa.

Questo rilievo, desunto anche da una pronuncia della Corte di cassazione, comproverebbe ulteriormente l'inammissibilità della questione.

9. – In prossimità dell'udienza pubblica, il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato una memoria, chiedendo, sulla base di argomentazioni analoghe a quelle svolte nell'atto di costituzione, che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque non fondata.

10. – Anche la difesa dell'imputato ha depositato una memoria, con cui ha chiesto che siano dichiarate non fondate «le eccezioni di inammissibilità e di irrilevanza proposte», che sia dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p., e, «in via subordinata», che sia «sollevata questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia EU».

In replica alle deduzioni della difesa dello Stato e delle altre parti private, la difesa dell'imputato osserva, in particolare, che l'ordinanza di rimessione contiene un'articolata e completa ricostruzione della fattispecie concreta oggetto del giudizio, consentendo una compiuta valutazione della rilevanza da parte di questa Corte. Pacifica sarebbe poi la legittimazione del giudice dell'udienza preliminare a sollevare questioni di legittimità costituzionale. Il rimettente, inoltre, si sarebbe conformato all'orientamento "assolutamente consolidato" della Corte di cassazione nell'interpretare la norma impugnata, il che lo esonererebbe dal tentativo di darvi un «significato conforme ai parametri costituzionali che si assumono violati». La ricostruzione delle fattispecie contestate nel primo e nel secondo procedimento e la valutazione sulla loro identità operate dal Giudice dell'udienza preliminare si sottrarrebbero ad un giudizio di palese arbitrarietà, attesa la coerenza logica che le contraddistingue. Privata di fondamento sarebbe l'obiezione, avanzata dai difensori di alcune parti civili, secondo cui nel primo procedimento a carico dell'imputato la morte delle vittime non sarebbe stata oggetto di esame. Secondo la difesa dell'imputato la sentenza di primo grado, nell'affermare che l'ipotesi di cui all'art. 437, secondo comma, c.p. costituiva un reato autonomo, il cui evento era la morte della vittima, aveva necessariamente operato una verifica in ordine a tale evento, mentre la pronuncia del giudice di secondo grado, attraverso l'introduzione del concetto di evento epidemiologico, vi aveva fatto «confluire tutti gli eventi morte, compresi quelli futuri». Sotto l'aspetto giuridico, inoltre, le pronunce della Corte EDU avrebbero dato rilievo esclusivamente al fatto naturalistico e, in tale ambito, alla condotta, e non «alle fattispecie astratte contestate». L'identità tra i fatti oggetto del primo e del secondo procedimento dovrebbe valutarsi avuto riguardo alla formulazione dell'imputazione e non al tipo di accertamento o di motivazione operati dal giudice. In questa prospettiva nel «vecchio capo di imputazione e nel nuovo» la condotta sarebbe assolutamente identica, e gli eventi morte sarebbero identici.

Per quanto attiene ai profili di merito, l'imputato ripercorre i contenuti delle pronunce più recenti della Corte EDU, a partire dalla sentenza 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, sottolineando che il principio del *ne bis in idem* è stato interpretato come divieto di giudicare un individuo per una seconda infrazione, qualora questa scaturisca dagli stessi fatti o da fatti che sono sostanzialmente identici, prendendo in considerazione la "sola condotta" e non anche "gli effetti" da essa derivanti. Tale nozione, superando la dimensione esclusivamente formale del *ne bis in idem*, non determinerebbe la paralisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale previsto dall'art. 112 Cost. Sarebbe infondata, infine, anche l'obiezione secondo cui la disposizione contenuta nell'art. 4 del Protocollo

n. 7 alla CEDU è stata male interpretata, in quanto «il termine "infracção", utilizzato dalla norma per individuare l' "idem"», non richiamerebbe la dimensione meramente fattuale della vicenda, bensì i suoi aspetti giuridico-formali. Secondo la difesa dell'imputato, la funzione nomofilattica della Corte EDU sarebbe confermata dagli artt. 19, 32 e 46 della CEDU, oltre che da numerose pronunce di questa Corte.

La difesa dell'imputato chiede, in via subordinata, che sia sollevata "questione pregiudiziale" innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto la fattispecie in esame avrebbe rilevanza per il diritto dell'Unione per motivi di carattere sostanziale e procedurale. Rileverebbero, al riguardo, le disposizioni dell'Unione europea sulla protezione dei lavoratori contro i rischi da esposizione all'amianto. Osserva la parte che nel 1983 è stata adottata la Direttiva 19 settembre 1983, n. 83/477/CEE (Direttiva del Consiglio sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto durante il lavoro – seconda direttiva particolare ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 80/1107/CEE), la quale è stata recepita nel nostro ordinamento dalla legge 27 marzo 1992, n. 257 (Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto). Il rilievo di tale direttiva sarebbe stato messo in evidenza nella motivazione della sentenza di primo grado nei confronti dell'imputato. Pertanto, la materia della protezione dei lavoratori dai rischi derivanti da esposizione ad amianto rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, come sarebbe dimostrato dall'adozione di una serie di atti normativi dell'Unione europea, tra cui la Direttiva 30 novembre 2009, n. 2009/148/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto durante il lavoro), i quali si inserirebbero nelle politiche dell'Unione dirette ad assicurare un grado elevato di protezione della salute e alla salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente. Sussisterebbero pertanto le condizioni, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice *a quo*, per effettuare «rinvio pregiudiziale d'interpretazione» dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea in ordine alla nozione di «stessi fatti».

11. – Hanno inoltre depositato memorie di identico contenuto le altre parti private. Esse rilevano come il percorso ermeneutico adottato dalla Corte EDU sarebbe caratterizzato da un approccio strettamente casistico, come tale «non necessariamente funzionale all'elaborazione di una definizione dell'idem su cui fondare una teoria generale e paradigmatica in via astratta ed assoluta». Dall'analisi delle recenti pronunce della Corte EDU, a partire dal caso Zolotoukhine, non sembrerebbe potersi evincere alcuna indicazione tale da escludere che «l'espressione "fatti identici o che siano sostanzialmente gli stessi"» debba essere valutata, non solo con riguardo alla condotta, ma anche in

riferimento all'evento e al nesso causale. L'accoglimento della questione, così come formulata dal giudice a quo, implicherebbe conseguenze abnormi, «sia in termini di (ir)razionalità dell'ordinamento penale e processuale penale, sia (e soprattutto) con riguardo alla (in)compatibilità della predetta interpretazione con il sistema dei diritti fondamentali», tra i quali il diritto alla salute e quello alla vita, tutelati, peraltro, dall'art. 2 della CEDU.

Considerato in diritto

1. – Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «Protocollo n. 7 alla CEDU»), adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98.

Il rimettente si trova a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio proposta nei confronti di una persona imputata dell'omicidio doloso di 258 persone. Il Giudice osserva che in relazione alla medesima condotta l'imputato, in un precedente giudizio, è già stato prosciolto per prescrizione dai reati previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, del codice penale.

In particolare in quel primo processo penale erano stati contestati il disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, anch'essa nella forma aggravata, reati che l'imputato avrebbe commesso nella sua qualità di dirigente di stabilimenti della società Eternit. Mediante la diffusione di polveri di amianto sarebbero stati cagionati un disastro e un infortunio, che avrebbero comportato la morte o la malattia di circa 2000 persone, 186 delle quali erano indicate nei nuovi capi di imputazione per omicidio.

Il rimettente premette di non poter applicare l'art. 649 c.p.p., che enuncia il divieto di *bis in idem* in materia penale, a causa del significato che tale disposizione avrebbe assunto nel diritto vivente: vi sarebbero infatti due ostacoli insuperabili per l'interprete che intenda adeguarsi a tale consolidata giurisprudenza.

In primo luogo, pur a fronte di una formulazione letterale della norma chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico, il diritto vivente esigerebbe invece l'identità del fatto giuridico ovvero «la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati».

Il giudice sarebbe cioè tenuto a valutare non la sola condotta dell'agente, ma la triade “condotta-even-

to-nesso di causa”, indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano. Applicando questo criterio al caso di specie il rimettente afferma che l'omicidio è in sé fatto diverso dal disastro innominato aggravato e dall'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro aggravata, posto che questi sono due delitti di pericolo, anziché di danno, diretti alla tutela della pubblica incolumità, anziché della vita. Inoltre, l'evento morte, che è elemento costitutivo dell'omicidio, non figura neppure tra le circostanze aggravanti previste dal secondo comma degli artt. 434 e 437 c.p., perché non è necessario per integrare le figure del disastro e dell'infortunio, alle quali queste disposizioni fanno riferimento.

In secondo luogo, il rimettente richiama la pacifica giurisprudenza di legittimità secondo cui l'omicidio concorre formalmente con i reati indicati 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.

Il diritto vivente in questo caso esclude recisamente l'applicabilità dell'art. 649 c.p.p., ritenendo che la sola circostanza di avere violato diverse disposizioni di legge o di avere commesso più violazioni della medesima disposizione di legge (art. 81 c.p.) impedisca di ritenere, ai fini dell'art. 649 c.p.p., unico il fatto, benché realizzato con una sola azione od omissione.

Ciò posto, il giudice *a quo* rileva, sulla base di un'ampia disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti «Corte EDU»), che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU ha invece un significato più favorevole per l'imputato, poiché, a partire dalla sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, si sarebbe stabilito che è ravvisabile identità del fatto quando medesima è l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata. Nel caso di specie, in applicazione di questo orientamento, non osterebbe al divieto di *bis in idem*, né la diversità dell'evento conseguente alla condotta, né la configurabilità di un concorso formale di reati.

Il rimettente conclude che l'art. 649 c.p.p. è di dubbia legittimità costituzionale, nella parte in cui, in base al diritto vivente nazionale, per valutare la medesimezza del fatto stabilisce criteri più restrittivi di quelli ricavati dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. In base a quest'ultima norma, infatti, l'imputato andrebbe prosciolto per la sola circostanza che le azioni e le omissioni che hanno causato gli omicidi sarebbero, sul piano storico-naturalistico, quelle per le quali è già stato giudicato in altro processo penale in via definitiva. Non avrebbe alcun rilievo in senso contrario la circostanza che l'evento, ovvero la morte delle vittime, non sia stato in quella prima sede oggetto di accertamento.

2. – L'Avvocatura generale dello Stato e le parti private hanno avanzato numerose eccezioni di inammissibilità.

L'Avvocatura generale sostiene anzitutto che il rimettente sarebbe privo di legittimazione a proporre la questione di legittimità costituzionale.

L'eccezione è manifestamente infondata perché il giudice dell'udienza preliminare è senza alcun dubbio una autorità giurisdizionale tenuta ad applicare la norma impugnata nel corso del giudizio (art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»).

In secondo luogo, l'Avvocatura generale deduce che l'omessa indicazione della data di morte delle vittime rende carente la descrizione della fattispecie. Anche questa eccezione è manifestamente infondata, in quanto si incentra su un elemento del fatto che non è necessario per saggiare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Quest'ultima è ravvisabile perché il rimettente postula la medesimezza della condotta, oggetto di una nuova imputazione dopo un primo giudizio conclusosi definitivamente, e l'impossibilità di applicare, nonostante ciò, l'art. 649 c.p.p., senza una previa dichiarazione di illegittimità costituzionale. La data di morte delle vittime non ha alcuna incidenza sui termini della questione così proposta.

2.1. – L'Avvocatura generale eccepisce inoltre l'innammissibilità della questione, perché il rimettente avrebbe potuto risolvere il dubbio di legittimità costituzionale mediante un'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. convenzionalmente orientata.

Anche questa eccezione non è fondata. Infatti il Giudice ha ampiamente motivato, rilevando l'esistenza di un diritto vivente contrario a una tale soluzione interpretativa, e lo ha individuato in numerose pronunce successive alla sentenza della Grande Camera, Zolotoukhine contro Russia, con la quale è stato definito l'orientamento della giurisprudenza della Corte EDU da ritenere consolidato. Ciò significa che nella prospettiva del rimettente neppure questo elemento di novità potrebbe valere a far dubitare della persistenza del diritto vivente, aprendo la via a un tentativo di interpretazione adeguatrice. In questo contesto il giudice *a quo* ha «la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali» (sentenza n. 242 del 2014).

2.2. – Una parte privata ha eccepito il difetto di rilevanza della questione sostenendo che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU non è applicabile quando, come è avvenuto nel caso in esame, la prima pronuncia penale, passata in giudicato, non ha espresso un giudizio sul merito dell'imputazione. Il testo francese della disposizione europea esige infatti che l'imputato sia già stato *acquitté ou condamné*, e l'*acquiescement* implicherebbe un'assoluzione, mentre nel caso oggetto del giudizio principale l'imputato è stato prosciolto per la prescrizione dei reati.

L'eccezione non è fondata.

Premesso che il significato delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli va tratto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), purché consolidata (sentenza n. 49 del 2015), è immediato il rilievo che per tale Corte ciò che rileva è la natura definitiva di una decisione giudiziale, al fine di stabilire se essa possa precludere una nuova azione penale per lo stesso fatto, e tale natura si deduce dall'autorità di cosa giudicata che le attribuisce l'ordinamento nazionale. Di questo principio ha reso applicazione anche la sentenza della Grande Camera, 27 maggio 2014, Marguš contro Croazia (sentenza n. 184 del 2015).

Posto che l'ordinamento italiano riconosce il carattere di giudicato anche alle sentenze di estinzione del reato per prescrizione deve concludersi che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU si applica al giudizio a quo.

2.3. – Alcune parti private hanno eccepito il difetto di rilevanza della questione sostenendo che i fatti già giudicati sono diversi, sotto il profilo storico-naturalistico, da quelli oggetto della nuova imputazione, perciò, pur accogliendo la prospettiva del rimettente, neppure l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU potrebbe sottrarre l'imputato al giudizio.

L'eccezione non è fondata.

Il rimettente ha infatti svolto un'ampia motivazione per dimostrare l'identità della condotta dell'imputato. Posto che si tratta di uno dei passaggi logici preliminari rispetto al dubbio di legittimità costituzionale, questa Corte, per postularne l'adeguatezza ai fini della motivazione sulla rilevanza, non può che limitarsi all'apprezzamento del carattere non implausibile della premessa sviluppata dal giudice *a quo*.

2.4. – Alcune parti private hanno eccepito l'irrilevanza della questione perché il primo processo penale non avrebbe accertato, né l'evento della morte delle vittime, né il nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta. Perciò i fatti dovrebbero ritenersi diversi anche sulla base della giurisprudenza europea, che includerebbe nel giudizio di comparazione evento e nesso di causalità.

L'eccezione non è fondata in quanto pretende di far valere sul piano dell'ammissibilità un profilo che attiene al merito della questione. Il rimettente, infatti, parte dal presupposto che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU prescriva di prendere in considerazione la sola azione o omissione dell'agente, a differenza dell'art. 649 c.p.p., che attribuirebbe rilievo anche al nesso di causalità e all'evento giuridico.

Per tale ragione valutare se la sentenza già passata in giudicato abbia oppure no apprezzato il nesso di causalità e l'evento eccede il controllo sulla rilevanza. Questa, infatti, per tale aspetto, dipende dalla sola motivazione del rimettente sulla medesimezza della condotta, ovvero sul solo requisito che, a parere del giudice a quo, ha importanza, secondo i criteri europei, per affermare o escludere l'unicità del fatto.

3. – La difesa dell'imputato nel giudizio principale sollecita, ove la questione non sia accolta, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché chiarisca se l'art. 50 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007), recante a sua volta il divieto di *bis in idem* in materia penale, impedisca o no di riconoscere all'art. 649 c.p.p. il significato attribuitogli dal diritto vivente.

La richiesta, al di là di ogni ulteriore considerazione, non può essere accolta, considerato che il rimettente ha escluso l'inerenza del diritto dell'Unione al caso di specie e ha delimitato il *thema decidendum* con riferimento ai profili di compatibilità con la CEDU (sentenza n. 56 del 2015).

4. – Venendo al merito della questione, si tratta di verificare se davvero il principio del *ne bis in idem* in materia penale, enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, abbia un campo applicativo diverso e più favorevole all'imputato del corrispondente principio recepito dall'art. 649 c.p.p.

È anzitutto opportuno saggiare il convincimento del giudice a quo, secondo cui la disposizione europea significa che la medesimezza del fatto deve evincersi considerando la sola condotta dell'agente, assunta nei termini di un movimento corporeo o di un'inerzia.

È noto che la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, è intervenuta per risolvere un articolato conflitto manifestatosi tra le sezioni della Corte EDU, sulla portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. Dopo avere passato in rassegna le tesi enunciate in proposito, la Grande Camera ha consolidato la giurisprudenza europea nel senso che la medesimezza del fatto si apprezza alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio. È stata così respinta la tesi, precedentemente sostenuta da una parte di quella giurisprudenza, che l'*infractio* indicata dal testo normativo sia da reputare la stessa solo se medesimo è il reato contestato nuovamente dopo un primo giudizio definitivo, ovvero il fatto nella qualificazione giuridica che ne dà l'ordinamento penale.

È perciò pacifico oramai che la Convenzione recepisce il più favorevole criterio dell'*idem factum*, a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo n. 7, anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*.

Il rimettente pare persuaso che da questa corretta premessa derivi inevitabilmente il corollario ipotizzato innanzi, ossia che il test di comparazione tra fatto già giudicato definitivamente e fatto oggetto di una nuova azione penale dipenda esclusivamente dalla medesimezza della condotta dell'agente.

In altre parole, secondo il rimettente, qualora non si intenda far rifluire nel giudizio comparativo implicazioni legate al bene giuridico tutelato dalle disposizioni penali, e ci si voglia agganciare alla sola componente empirica del fatto, come è previsto dalla Corte

EDU, sarebbe giocoforza concludere che quest'ultimo vada individuato in ragione dell'azione o dell'omissione, trascurando evento e nesso di causalità.

La tesi è errata.

Il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal gioco dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'aggiunta di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi.

Non vi è, in altri termini, alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente.

È chiaro che la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*. Questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem legale*. Esse, infatti, non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto.

Nell'ambito della CEDU, una volta chiarita la rilevanza dell'*idem factum*, è perciò essenziale rivolgersi alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, per comprendere se esso si restringa alla condotta dell'agente, ovvero abbracci l'oggetto fisico, o anche l'evento naturalistico.

5. – L'indagine cui si è appena accennato non conforta l'ipotesi formulata dal giudice a quo. Né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, né le successive pronunce della Corte EDU recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di *bis in idem*, con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato. A tal fine, infatti, non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto (ad esempio, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia).

Anzi, in almeno tre occasioni, il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima (sentenza 14 aprile 2014, Muslija contro Bosnia Erzegovina, paragrafo 34; sentenza 14 aprile 2014, Khmel contro Russia, paragrafo 65; sentenza 23 settembre 2015, Butnaru e Bejan-Piser con-

tro Romania, paragrafo 37), e ciò potrebbe suggerire che un mutamento dell'oggetto dell'azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta (come potrebbe accadere, ad esempio, nell'omicidio plurimo).

Certo è che, perlomeno allo stato, la giurisprudenza europea, che «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata» (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo). In particolare, non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4 del Protocollo n. 7, sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale.

Ciò equivale a concludere che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto, salvo quanto si dovrà aggiungere in seguito a proposito del concorso formale dei reati.

6. – Parimenti, un'opzione a favore della più ampia espansione della garanzia del divieto di *bis in idem* in materia penale non è stimolata neppure dal contesto normativo e logico entro cui si colloca l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

È intuitivo che l'accoglimento della posizione propugnata dal giudice a quo, circa l'apprezzamento della sola condotta ai fini del giudizio sulla medesimezza del fatto, rassicura al massimo grado l'imputato già giudicato in via definitiva, che per tale via si sottrarrebbe a un nuovo processo penale, sia nei casi, tra gli altri, in cui si sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona, sia in quelli in cui un'unica condotta abbia determinato una pluralità di vittime, lese in beni primari e personalissimi come la vita e l'integrità fisica.

Tuttavia la tutela convenzionale affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale. Questa circostanza non indirizza l'interprete, in assenza di una consolidata giurisprudenza europea che lo conforti, verso letture necessariamente orientate nella direzione della più favorevole soluzione per l'imputato, quando un'altra esegesi della disposizione sia comunque collocabile nella cornice dell'*idem factum*.

In primo luogo, l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, secondo paragrafo, permette la riapertura del processo penale, quando è prevista dall'ordinamento nazionale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni sono in grado di inficiare la sentenza già passata in giudicato. Mentre nell'ordinamento giuridico italiano è consentita la revisione della sola sentenza di condanna, al fine di assicurare senza limiti di tempo «la tutela dell'innocente» (sentenza n. 28 del 1969), la Convenzione consente di infrangere la «quiete penalistica» della persona già assolta in via definitiva solo perché sono maturate, dopo il processo, nuove evenienze, anche di carattere probatorio.

La finalità di perseguire la giustizia, in tali casi, prevale sulla stabilità della garanzia processuale concernente la sottrazione alla pretesa punitiva dello Stato.

In secondo luogo, la stessa Grande Camera (sentenza 27 maggio 2014, Marguš contro Croazia) ha affermato (in un caso in cui un uomo politico aveva goduto dell'amnistia, rilevata in giudizio, per crimini di guerra, ma era stato nuovamente sottoposto a processo per gli stessi fatti) che l'art. 4 del Protocollo n. 7 è soggetto a bilanciamento con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, in quanto parti di un tutto (paragrafo 128), ed ha aggiunto che ciò comporta l'inoperatività della garanzia del *ne bis in idem* in presenza di episodi estremamente gravi, quali i crimini contro l'umanità, che gli Stati aderenti hanno l'obbligo di perseguire (paragrafo 140).

Si manifesta, in tal modo, un ulteriore tratto di appannamento dell'istituto che la Convenzione giustifica nel quadro del bilanciamento con obblighi di tutela penale.

È il caso però di sottolineare che nell'ordinamento nazionale non si può avere un soddisfacimento di pretese punitive che non sia contenuto nelle forme del giusto processo, ovvero che non si renda compatibile con il fascio delle garanzie processuali attribuite all'imputato. Né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi, cui le parti private si sono ampiamente riferite, possono rendere giusto, e quindi conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta.

Tra questi non può non annoverarsi il «principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione» (ordinanza n. 150 del 1995) espresso dal divieto di *bis in idem*, grazie al quale giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto. In caso contrario, il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale (sentenza n. 1 del 1969; in seguito, sentenza n. 219 del 2008).

In questa sede, peraltro, non interessa porre a confronto i livelli di tutela offerti dalla CEDU e dal diritto nazionale, ma piuttosto trarre conferma che la prima non obbliga, neppure sul piano logico-sistematico, a optare in ogni caso per la concezione di medesimo fatto più favorevole all'imputato, posto che la garanzia del *ne bis in idem* non assume tratti di assolutezza, né nel testo dell'art. 4 del Protocollo n. 7, né nell'interpretazione consolidata tracciata dalla Corte di Strasburgo.

Resta, in definitiva, assodato che, contrariamente all'ipotesi del giudice a quo, allo stato la Convenzione impone agli Stati membri di applicare il divieto di *bis in idem* in base ad una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente.

7. – Una volta chiarita la portata del vincolo derivante dalla CEDU, si tratta di accertare la compatibilità con esso del diritto vivente formatosi sull'art. 649 c.p.p.

Per quanto finora è stato precisato, è evidente che la ragione del contrasto non potrebbe consistere nella ricezione, da parte dell'interprete nazionale, di una visione di medesimezza del fatto svincolata dalla sola condotta, ed estesa invece all'oggetto fisico di essa, o all'evento in senso naturalistico, come suggerisce il rimettente. Piuttosto, la disposizione nazionale avrebbe violato l'art. 117, primo comma, Cost., solo se dovesse essere interpretata nel senso di assegnare rilievo all'*idem* legale, ovvero a profili attinenti alla qualificazione giuridica del fatto.

È quanto il giudice a quo ritiene accaduto, per effetto di una torsione curiale della lettera dell'art. 649 c.p.p., che si riferisce al fatto storico, anche diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze.

Bisogna aggiungere che, se così fosse, a essere violati sarebbero anche gli artt. 24 e 111 Cost., ai quali il principio del *ne bis in idem* va collegato in via generale (ordinanza n. 501 del 2000), ma con una particolare pregnanza nella materia penale (sentenza n. 284 del 2003). Benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire. Nel diritto penale, questa Corte ha da tempo arricchito la forza del divieto, proiettandolo da una dimensione correlata al valore obiettivo del giudicato (sentenze n. 6 e n. 69 del 1976, n. 1 del 1973 e n. 48 del 1967) fino a investire la sfera dei diritti dell'individuo, in quanto "principio di civiltà giuridica" (ordinanza n. 150 del 1995; inoltre, sentenze n. 284 del 2003 e n. 115 del 1987), oltretutto dotato di "forza espansiva" (sentenza n. 230 del 2004), e

contraddistinto dalla natura di "garanzia" personale (sentenza n. 381 del 2006).

Il criterio dell'*idem* legale appare allora troppo debole per accordarsi con simili premesse costituzionali, perché solo un giudizio obiettivo sulla medesimezza dell'accadimento storico scongiura il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato.

Costituzione e CEDU si saldano, dunque, nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio. Le sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i diversi reati, oggetto dei successivi giudizi, non si confanno alla garanzia costituzionale e convenzionale del *ne bis in idem* e sono estranee al nostro ordinamento.

8. – Ciò premesso, questa Corte ha già avuto modo di prendere atto che «l'identità del "fatto" sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (sentenza n. 129 del 2008).

È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 c.p.p. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico.

A condizione che tali elementi siano ponderati con esclusivo riferimento alla dimensione empirica, si è già testata favorevolmente la compatibilità di questo portato normativo con la nozione di fatto storico, sia nella sua astrattezza, sia nella concretezza attribuita dalla consolidata giurisprudenza europea.

Certamente, a differenza di quanto mostra di credere il rimettente anche con riguardo alla pronuncia delle sezioni unite appena ricordata, l'evento non potrà avere rilevanza in termini giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente. Detto questo, e alle ricordate condizioni, non vi

è spazio di contrasto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Questa Corte deve però riconoscere che persiste nella stessa giurisprudenza di legittimità un orientamento minoritario, diverso da quello adottato dalle sezioni unite fin dal 2005. Lo stesso rimettente ha individuato con esattezza alcuni esempi di decisioni che si limitano a echeggiare il principio di diritto affermato dalle sezioni unite, ma lo corrompono aggiungendo che va tenuta in conto non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica; ovvero che vanno considerate le implicazioni penalistiche dell'accadimento.

Queste e altre simili formule celano un criterio di giudizio legato *all'idem* legale, che non è compatibile, né con la Costituzione, né con la CEDU, sicché è necessario che esso sia definitivamente abbandonato.

Tuttavia il carattere occasionale di tali interventi giurisprudenziali li rende incapaci di trasfigurare la lettera e la logica dell'art. 649 c.p.p., conferendogli, come invece ipotizza il rimettente, un significato difforme dalla normativa interposta evocata nel presente processo incidentale. Al contrario, il diritto vivente, con una lettura conforme all'attuale stadio di sviluppo dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, impone di valutare, con un approccio storico-naturalistico, la identità della condotta e dell'evento, secondo le modalità con cui esso si è concretamente prodotto a causa della prima.

Non vi è perciò dubbio che nel caso di specie gli indici segnalati dal Giudice rimettente per ritenere diversi i fatti già giudicati rispetto a quelli di omicidio oggetto della nuova contestazione non siano adeguati, perché non possono avere peso a tali fini né la natura di pericolo dei delitti previsti dagli artt. 434 e 437 c.p., né il bene giuridico tutelato, né il «differente "ruolo" del medesimo evento morte all'interno della fattispecie». Allo stesso tempo, è chiaro che, anche dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona, seppure cagionata da una medesima condotta, dà luogo ad un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso rispetto alla morte di altre persone.

Entro questi limiti va escluso che sussista il primo profilo di contrasto individuato dal giudice a quo tra l'art. 649 c.p.p. e la normativa interposta convenzionale, perché entrambe recepiscono il criterio dell'*idem factum*, e all'interno di esso la Convenzione non obbliga a scartare l'evento in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto, e dunque a superare il diritto vivente nazionale.

9. – Il secondo profilo di contrasto, segnalato dall'ordinanza di rimessione, tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU riguarda 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 della nuova iniziativa del

pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto.

Sulla corrispondenza di tale regola a un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità non vi sono dubbi, posto che essa è stata ininterrottamente applicata dall'entrata in vigore dell'art. 90 del codice di procedura penale del 1930 fino ad oggi, anche dopo che a quest'ultima disposizione è subentrato l'art. 649 del nuovo codice di procedura penale. La sola eccezione ammessa, al fine di prevenire un conflitto tra giudicati, è quella che la giurisprudenza ha ravvisato nel caso in cui il primo processo si è concluso con una pronuncia definitiva perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso.

Ne consegue che questa Corte è tenuta a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. postulando che esso abbia il significato che gli è conferito dal diritto vivente, e la relativa questione, collegata con quella già esaminata sulla medesimezza del fatto, è fondata nei termini che saranno precisati.

10. – Allo stato attuale del diritto vivente il rinnovato esercizio dell'azione penale è consentito, in presenza di un concorso formale di reati, anche quando il fatto, nel senso indicato, è il medesimo sul piano empirico, ma forma oggetto di una convergenza reale tra distinte norme incriminatrici, tale da generare una pluralità di illeciti penali.

Va premesso che, sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile, per quanto qui interessa, che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene (sia pure secondo il criterio di favore indicato dall'art. 81 c.p.).

Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 c.p.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico.

Siamo, infatti, nell'ambito di un istituto del diritto penale sostanziale che evoca mutevoli scelte di politica incriminatrice, proprie del legislatore, e in quanto tali soggette al controllo di questa Corte solo qualora trasmestino in un assetto sanzionatorio manifestamente irragionevole, arbitrario o sproporzionato (*ex plurimis*, sentenze n. 56 del 2016 e n. 185 del 2015).

Né queste opzioni in sé violano la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, che si sviluppa invece con assoluta esclusività in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una

seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo.

In linea astratta pertanto la circostanza che i reati concorrano formalmente non sembrerebbe interferire con l'area coperta dal portato normativo dell'art. 649 c.p.p. Quest'ultima dovrebbe, al contrario, essere determinata esclusivamente dalla formazione di un giudicato sul medesimo fatto, sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione.

Ciò detto, questa Corte è obbligata a prendere atto che il diritto vivente, come è stato correttamente rilevato dal rimettente, ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p. La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 c.p., con il reato per il quale si procede.

Non spetta a questa Corte pronunciarsi sulla correttezza ermeneutica del principio appena esposto. È invece oggetto del giudizio incidentale la conformità di esso, e dunque dell'art. 649 c.p.p., che secondo il diritto vivente lo esprime normativamente, rispetto all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Ove, infatti, non vi fossero motivi di contrasto, il rimettente, pure a fronte del medesimo fatto, sarebbe tenuto a procedere nel giudizio per la sola ragione che l'omicidio concorre formalmente, secondo la giurisprudenza di legittimità, con i delitti previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, c.p., mentre, nel caso opposto, egli dovrebbe concentrare la propria attenzione sulla sola identità del fatto, per decidere se applicare o no l'art. 649 c.p.p.

11. – Il nesso di necessità predicato nel diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 c.p.p. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento.

Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 c.p., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica.

Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono

no *dell'idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*.

Nel sistema della CEDU (e, come si è visto, anche in base alla Costituzione repubblicana), l'esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato deve invece dipendere esclusivamente dal raffronto tra la prima contestazione, per come si è sviluppata nel processo, e il fatto posto a base della nuova iniziativa del pubblico ministero, ed è perciò permessa in caso di diversità, ma sempre vietata nell'ipotesi di medesimezza del fatto storico (salve le deroghe, nel sistema convenzionale, previste dal secondo paragrafo dell'art. 4 del Protocollo n. 7).

Ogni ulteriore criterio di giudizio connesso agli aspetti giuridici del fatto esula dalle opzioni concesse allo Stato aderente.

Difatti, la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, non ha aderito a un pregresso orientamento della Corte EDU volto a escludere la violazione del divieto di *bis in idem* in presenza di un concorso *idéal d'infractions* (paragrafi 72 e 81).

D'altro canto, è evidente che la clausola di riserva delineata dalla giurisprudenza nazionale, che fa salvi i casi di assoluzione dell'imputato per l'insussistenza del fatto o per non averlo commesso, vietando per essi il secondo giudizio pure in presenza di un concorso formale di reati, tradisce in modo scoperto la mera finalità di prevenire il conflitto dei giudicati, e con questa l'oscuramento della componente garantista del principio del *ne bis in idem*, che invece in materia penale lo connota profondamente e va anzi ritenuta prioritaria.

Sussiste perciò il contrasto denunciato dal rimettente 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 del Protocollo n. 7 alla CEDU, che vieta invece di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo.

12. – È il caso di precisare che la conclusione appena raggiunta non impone di applicare il divieto di *bis in idem* per la esclusiva ragione che i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un'unica azione o omissione.

È infatti facilmente immaginabile che all'unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento. Tale ultima posizione, in particolare, è fatta propria dal diritto vivente nazionale e se ne è già accertata la compatibilità con la Costituzione e con lo stato attuale della giurisprudenza europea.

Sono queste le ipotesi a cui va riferita la giurisprudenza di questa Corte per la quale l'art. 90 del codice

di procedura penale del 1930 non si riferiva «al caso di concorso formale di reati», ove «anche se l'azione è unica, gli eventi, che sono plurimi e diversi, danno ontologicamente luogo a più fatti, che possono anche essere separatamente perseguiti» (sentenza n. 6 del 1976; in seguito, sentenza n. 69 del 1976). E sono, altresì, le ipotesi regolate dall'art. 671 c.p.p., che permette al giudice dell'esecuzione penale di applicare la disciplina del concorso formale di reati, nel caso di più sentenze irrevocabili pronunciate nei confronti della stessa persona, e dunque presuppone normativamente che siano date occasioni in cui la formazione del primo giudicato non preclude il perseguimento in separato processo del reato concorrente con il primo.

In definitiva l'esistenza o no di un concorso formale tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., una volta che questa disposizione sia stata ricondotta a conformità costituzionale, e l'ininfluenza gioca in entrambe le direzioni, perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale. Ai fini della decisione sull'applicabilità del divieto di *bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico.

Per effetto della presente pronuncia di illegittimità costituzionale, pertanto, l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice *a quo*) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale, e con essa, ad esempio, l'insieme degli elementi indicati dal rimettente nel giudizio principale (la natura del reato; il bene giuridico tutelato; l'evento in senso giuridico).

Sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze.

13. – In conclusione, per le ragioni esposte, l'art. 649 c.p.p. va dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.,

in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla 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.

P.Q.M.

(*Omissis*)

sommario

Premessa. – **1.** Contrasto tra “diritti viventi”? L'ordinanza di remissione. – **2.** Un “fatto” normativamente orientato: *id est*, la rilevanza della totalità degli elementi materiali. – **3.** *Hard case makes good law*: il criterio dell'*idem factum* come effettiva garanzia dell'individuo e della pretesa punitiva dell'ordinamento. – **4.** Un giudizio valutativo della medesimezza del fatto storico scevro da ogni “contaminazione” giuridica: l'irrelevanza del concorso formale e l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. – **5.** Conclusioni.

Premessa

La sentenza in commento costituisce l'epilogo della *quaestio legitimitatis* sollevata dal G.U.P. di Torino nell'ambito del processo c.d. “*Eternit-bis*”, in cui l'imprenditore Stephan Schmidheiny (quale effettivo responsabile delle società *Eternit Spa, Industria Eternit Casale Monferrato Spa, Industria Eternit Napoli Spa, Icar Spa, Industria Eternit Reggio Emilia Spa*) è stato chiamato a rispondere, a titolo di omicidio volontario, della morte di 258 persone, tra lavoratori dipendenti del gruppo *Eternit*, loro prossimi congiunti e residenti nelle zone contigue agli stabilimenti.

Il procedimento *a quo* segna il seguito della vicenda giudiziaria che, in relazione ai medesimi accadimenti, aveva visto lo stesso Schmidheiny imputato di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (di cui all'art. 437 c.p.) e di disastro doloso (*ex art. 434 c.p.*)¹, dichiarati estinti per prescrizione, rispettivamente, dalla Corte di Appello di Torino² e dalla Corte di Cassazione³.

¹ Secondo E. SCARONA, *Ancora sul caso Eternit: la “giustizia” e il sacrificio dei diritti*, in *Archivio penale*, 3, 2015, la contestazione dei suddetti reati di pericolo rivelava la strategica finalità di facilitare l'onere probatorio, affrancando l'organo di pubblica accusa dalla più complessa dimostrazione della sussistenza di un nesso causale tra l'esposizione alle sostanze dannose e ciascuno dei singoli eventi lesivi.

Sullo specifico tema relativo ai rapporti tra il reato di disastro doloso e la nuova figura delittuosa di disastro ambientale, cfr. M. CAPPAL, *Un “disastro” del legislatore: gli incerti rapporti tra l'art. 434 c.p. e il nuovo art. 452 quater c.p.* in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un dettagliato approfondimento con riguardo a problematiche attinenti al delitto di disastro ambientale colposo, si veda A. ALBERICO, *Principi di precauzione, limiti soglia e disastro ambientale colposo*, in *Nel diritto*, 3, 2015, p. 517 ss.

² Corte d'Appello di Torino, sez. III penale, 3 giugno 2013.

³ Cass. pen., sez. I, sentenza 2 febbraio 2015, n. 7941.

In sede di udienza preliminare, la difesa dell'imputato aveva eccepito la violazione del divieto di un secondo giudizio di cui all'art. 649 c.p.p., richiedendo, in via principale, una pronuncia di non doversi procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p. e, in subordine, il rinvio pregiudiziale alla CGUE sull'interpretazione del *ne bis in idem* previsto dall'art. 50 CDFUE, ma divenuto diritto dell'Unione per il tramite dell'art. 6, par. 1, TUE.

Diversi gli ordini di ragioni a fondamento di entrambe le istanze difensive: *a*) l'identità della qualifica di "effettivo responsabile" delle società facenti parte del "Gruppo Eternit", dedotta in relazione alla posizione di Schmidheiny; *b*) l'unicità spazio-temporale di verifica degli accadimenti; *c*) la medesimezza della condotta omissiva contestata allo Schmidheiny; *d*) la parziale corrispondenza delle vittime (186 i decessi indicati in rapporto alle imputazioni del primo procedimento, 258 quelli della vicenda giudiziaria *bis*).

Il G.U.P. rigettava la richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE sia sul rilievo che la *quaestio iuris* non rientrava in un ambito di competenza del diritto dell'Unione, sia considerando che nel procedimento pendente innanzi a sé non venivano in rilievo materie regolate dal diritto dell'Unione; un eventuale rinvio alla Corte di Lussemburgo sarebbe, pertanto, andato incontro ad un dispositivo di inammissibilità⁴.

Per contro, ravvisando un radicale contrasto tra i significati attribuiti al *ne bis in idem* dalla giurisprudenza di legittimità e dal diritto della Corte Edu, il G.U.P. sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. al metro dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma interposta di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, nell'accezione valorizzata dal giudice di Strasburgo.

1. Contrasto tra "diritti viventi"? L'ordinanza di remissione

La *ratio* dell'ordinanza di rimessione non risiedeva tanto nell'antinomia tra la formula dell'art. 649 c.p.p. – che ben si sarebbe prestata ad assumere una cifra semantica conforme all'orientamento della Corte di Strasburgo – ed il parametro interposto, bensì nel conflitto tra le loro ricostruzioni di senso messe a fuoco dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del giudice convenzionale⁵.

A questo riguardo, il remittente rilevava che, secondo la Corte regolatrice, il divieto del *bis in idem* resta circoscritto ai casi nei quali i reati in compara-

zione sono qualificati dalla piena sovrapposibilità dei relativi elementi costitutivi e delle entità giuridiche tutelate (con ciò promuovendo una rappresentazione della garanzia in chiave di *idem legale*). Ineludibile la conseguenza: il principio non opera in presenza di un mero *idem factum* storico-naturalistico, dedotto nelle imputazioni dei diversi procedimenti.

Si tratta di una impostazione ermeneutica che, per via del suo carattere consolidato, ha acquisito le dimensioni del "diritto vivente", identificando il significato col quale l'istituto opera nella struttura vitale del nostro ordinamento; in pratica, nei luoghi nei quali gli enunciati delle norme si trasformano in regole di giudizio e parametri di qualificazione dei fatti storici.

Effetto inesorabile dell'impostazione è la concreta inapplicabilità del *ne bis in idem* nelle ipotesi di concorso formale tra un reato definitivamente giudicato e quello oggetto di una nuova *res iudicanda*; considerando, infatti, la difformità tra gli eventi giuridici previsti nelle due fattispecie incriminatrici applicate, «il giudicato formatosi con riguardo a uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione a un altro evento scaturito dall'unica condotta, per cui non può dirsi violato il principio del *ne bis in idem* qualora il soggetto venga sottoposto a nuovo processo, perché il nuovo procedimento per il reato in concorso formale ha per oggetto non il medesimo fatto, ma quella parte di fatto – in senso giuridico – non contemplato dalla prima norma incriminatrice applicata, caratterizzata dal diverso evento giuridico»⁶.

Osservava il giudice *a quo* che in direzione antagonistica si muove l'interpretazione fornita dalla Corte EDU, con orientamento consolidato a partire da *Sergei Zolotoukhine c. Russia*⁷. Qui, in omaggio ad una lettura sostanzialistica della locuzione "*same offence*" di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU, viene sancita l'operatività del *bis in idem* in un caso nel quale le distinte imputazioni riguardavano "fatti identici" o "sostanzialmente uguali"⁸.

Nel sottolineare come nel solco tracciato da *Zolotoukhine* si sia inserita *Grande Stevens c. Italia*⁹, il G.U.P.

⁶ Assetto interpretativo, questo, applicabile a qualsivoglia ambito della materia penalistica. Il G.U.P. fa, infatti, riferimento al settore relativo agli infortuni sul lavoro, nel cui ambito «la Corte di Cassazione ha sempre e senza eccezioni ritenuto che tra il delitto di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravato dalla morte dei lavoratori (art. 437 c. 2 c.p.) e il delitto di omicidio (colposo, ex art. 589 c.p.) aggravato dalla violazione delle norme di prevenzione sugli infortuni sul lavoro, sussiste "concorso formale" di reati, che si realizza allorché con un'unica azione si cagionino più eventi penalmente rilevanti».

⁷ Corte EDU, *Zolotoukhine c. Russia*, 14939/03, 10 febbraio 2009.

⁸ Nel medesimo arresto, la Corte precisa che «l'articolo 4 del Protocollo n. 7 racchiude tre garanzie diverse e dispone che nessuno 1. può essere perseguito, 2 giudicato, o 3 punito due volte per gli stessi fatti».

⁹ Corte EDU, *Grande Camera, Grande Stevens e altri c. Italia* – ric.18460/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 – 4

⁴ A riguardo, v. Corte di giustizia UE, ord. 15 aprile 2015, Burzio (C-497/14), con nota di M. SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte dichiara la propria incompetenza*, in www.penalcontemporaneo.it.

⁵ Per un'approfondita analisi sulle implicazioni in ambito costituzionale del contrasto tra "diritti viventi" (nazionale ed europeo), si veda A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalcontemporaneo.it.

ha inteso rimarcare il carattere consolidato della interpretazione convenzionale sulla dimensione storico-naturalistica della nozione di ‘medesimo fatto’¹⁰.

L'importanza della pronuncia da ultimo richiamata per il diritto italiano si coglierebbe nell'approfondimento delle “significative asimmetrie tra la dimensione europeo/convenzionale e dimensione giuridica nazionale del divieto di *bis in idem*”¹¹: queste, infatti, non investirebbero soltanto la differente ampiezza del (la nozione di) ‘medesimo fatto’, ma anche il (diverso profilo di identificazione del) campo di materia rilevante. Statuendo la violazione del *ne bis in idem* in relazione ai *market abuse* sanzionati dal diritto penale e da quello amministrativo, la Corte EDU avrebbe accentuato la distanza in rapporto alla portata nazionale della garanzia, ribadendone la validità in tutte le situazioni riconducibili al concetto di “materia penale” definito alla luce dei criteri *Engel*¹².

Un'ulteriore specificazione selettivo/garantistica del principio si desumerebbe dagli arresti strasburghesi ove si afferma che «l'inestricabilità nel tempo e nello spazio» delle «concrete circostanze» riguardanti il medesimo imputato rappresenta il solo elemento di cui tener conto per valutare la «sostanziale identità dei fatti contestati» in relazione ai quali trova applicazione il *ne bis in idem*¹³.

Last, but not least: secondo l'ordinanza di rimessione, la Corte EDU avrebbe rafforzato lo spessore garantistico anche della proiezione processuale del principio, stabilendo che essa non si riduce al divieto di una seconda condanna all'esito di un nuovo processo, ma si risolve nella preclusione alla stessa instaurazione di un secondo giudizio¹⁴.

Vien fatto di dire che la vicenda ermeneutica/convenzionale del *ne bis in idem* si iscrive tra le manifestazioni virtuose del *sistema multilivello dei diritti fondamentali*, attestando ancora una volta come il quadro delle garanzie penali costruite sulla legalità formale non sempre riesca ad esprimere il *maximum standard* delle proprie potenzialità¹⁵.

marzo 2014.

¹⁰ È stato sottolineato come «pur se circoscritto alla disciplina sanzionatoria (di origine euorounitaria) degli abusi di mercato, il principio affermato in Grande Stevens ha lasciato filtrare una vocazione espansiva, in grado di proiettare l'ombra della propria *ratio decidendi* su ogni altro perimetro di interessi giuridicamente protetti che sia imperniato sul *doppio binario sanzionatorio*», così V. MAIELLO, *Doppio binario sanzionatorio*, ne bis in idem e reati tributari, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*

¹¹ Così, testualmente, V. MAIELLO, *Doppio binario sanzionatorio*, cit.

¹² Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976.

¹³ Corte EDU, *Lucky Dev c. Svezia*, 27 novembre 2014.

¹⁴ Corte EDU, *Butnaru et Bejan-Piser c. Romania*, 23 giugno 2015.

¹⁵ Su questo profilo del dialogo tra CEDU e ordinamento costituzionale interno, cfr. V. MAIELLO, *Le due legalità: quale coesistenza?*, cit.

Quanto alla decisione di investire la Consulta, reputiamo che essa sia apparsa dettata da ragioni strategiche¹⁶; essa, invero, non può dirsi imposta da alcun vincolo connesso ai rapporti tra CEDU e diritto interno, per come sono stati puntualizzati dalla celebri sentenze gemelle e dalla evoluzione dei relativi principi avutasi nella pronuncia n. 49/15.

Nulla, infatti, sarebbe ostato all'accoglimento di una interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p., anche nella prospettiva *pancostituzionalistica* dell'arresto appena citato¹⁷: ricorreva sia il presupposto del *diritto vivente* consolidato presso la Corte EDU, sia la sua compatibilità con la lettera della disposizione nazionale, al punto da poter far dire che a risultare eccentrico verso quest'ultima fosse proprio l'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione¹⁸.

Esercitando, dunque, la facoltà di rivolgersi alla Consulta¹⁹, il G.U.P. riteneva *rilevante e non manifestamente infondata* la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo “fatto giuridico”, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo “fatto storico” così come delineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione dell'art. 117, c.1., Cost. in relazione all' art. 4 Prot. 7 CEDU».

¹⁶ I. GITTARDI, *Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁷ Corte Cost. sent. n. 49/2015. Per autorevoli commenti in merito al contenuto della sentenza, si veda: F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, Editoriale, 2, 2015, V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, R. CONTI, *La CEDU assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta online*, 2015, 1, 181 ss., A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, p. 325 ss.

¹⁸ Il Giudice torinese rileva, infatti, come una interpretazione in senso convenzionalmente conforme avrebbe garantito «piena attuazione alla *ratio* del principio della “ragionevole durata del processo”, enunciato dall'art. 111 c. 2, ultimo periodo, Cost. [...] Letteralmente la norma costituzionale si riferisce alla durata del singolo processo. Tuttavia, la *ratio* che la sottende non può non comprendere anche l'affermazione del diritto a non indossare, senza limiti di tempo, la veste di “processato”, sebbene per effetto di successivi processi, ciascuno – eventualmente – di “ragionevole durata”, celebrati per il medesimo fatto».

¹⁹ Facoltà concessa dallo stesso Giudice delle leggi (sent. n. 456/89) nei casi in cui si ravvisi una consolidata e «reiterata» interpretazione di una disposizione che appaia in contrasto con le disposizioni costituzionali; in tali ipotesi, il giudice, specifica la Corte, non è obbligato, ma solo legittimato a «richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali».

2. Un "fatto" normativamente orientato: *id est*, la rilevanza della totalità degli elementi materiali

Nel decidere la questione come sopra ricostruita, la sentenza annotata²⁰ esclude anzitutto che la nozione di "fatto storico" possa consistere nella sola condotta, così come aveva prospettato l'ordinanza di remissione²¹. Osserva sul punto la Corte che, ai fini della messa a punto del concetto, devono soccorrere tutti gli elementi «la cui selezione è condotta secondo criteri normativi»: dunque, anche nesso causale ed evento, purché assunti nella loro dimensione esclusivamente empirica.

Tale posizione ermeneutica, infatti, non potrebbe dirsi in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte Edu; in particolare, risulterebbe erroneo il riferimento agli arresti (cfr. *Grande Stevens*) nei quali Strasburgo, chiamata ad occuparsi del raffronto tra reati di mera condotta, ha dovuto circoscrivere l'analisi esclusivamente a quest'ultimo requisito.

Ciò premesso, la Corte regolatrice sposta il suo oggetto di giudizio sull'eventuale conflitto tra l'interpretazione convenzionale del principio di *ne bis in idem* e la portata semantica dell'art. 649 c.p.p. così come (uniformemente) delineata dalla giurisprudenza interna.

Sul punto, il giudice delle leggi – pur ammettendo l'esistenza di un orientamento minoritario che conferisce rilievo alla componente giuridica del fatto – sottolinea come il divieto di *bis in idem* «vive nell'ordinamento nazionale» nel significato delineato nella sentenza *Donati* delle Sezioni unite²². Qui, l'organo di vertice della giurisdizione di legittimità argomenta la necessità di vagliare la medesimezza del fatto considerando la totalità degli elementi costitutivi del reato – condotta, nesso causale ed evento – inquadrati in un'ottica rigorosamente (ed esclusivamente) storico-naturalistica; la scelta in direzione dell'*idem factum* – unico criterio dal quale, per il suo carattere consolidato nella giurisprudenza di matrice europea, deriva un vincolo interpretativo nei confronti del giudice interno – appare, pertanto, tracciata con nettezza.

²⁰ Sul punto si veda S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)* in *www.penalecontemporaneo.it*, Redazione (a cura di), *Eternit: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ma il giudizio a quo può riprendere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, pp. 7-8.

²¹ Di questo avviso, una buona parte della dottrina secondo la quale, appunto, non rilevano altri elementi nella qualificazione del fatto storico: F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., 2012, 1201 ss., P.P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, p. 1410 ss., I. CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014, 24, p. 2374 ss.

²² Cass. pen., sez. un., n. 34655/2005, ric. DONATI.

In sintesi: nessuna indicazione proveniente dalla giurisprudenza convenzionale porta a delimitare la dimensione ontologica del fatto storico al solo segmento della condotta; il solo punto sul quale si è stabilizzata l'interpretazione della Corte Edu è rappresentato dalla connotazione naturalistica che deve assumere la nozione di fatto, unico parametro che il giudice interno è tenuto obbligatoriamente ad adottare. Nulla vieta, pertanto, di operare il raffronto tra gli accadimenti alla base dei due distinti giudizi tenendo in considerazione tutti gli elementi in cui astrattamente il fatto può scomporsi, purché fermamente valutati nella loro accezione empirica; criterio, questo, già specificato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione che, avendo perimetrato in tal senso i confini applicativi del divieto di *bis in idem*, hanno attribuito alla disposizione una cifra semantica che non contrasta con il significato con cui il divieto vive nello spazio convenzionale.

3. *Hard case makes good law*: il criterio dell'*idem factum* come effettiva garanzia dell'individuo e della pretesa punitiva dell'ordinamento

La posizione espressa dalla Consulta sembra riuscire a contemperare due contrapposte esigenze di tutela²³: da una parte, quella che garantisce il diritto dell'individuo di non trovarsi esposto a tanti procedimenti penali quante sono le figure di reato nelle quali è astrattamente riconducibile il fatto a lui addebitato; dall'altra, quella *ex parte societatis* di perseguire penalmente fenomeni rispetto ai quali gli eventi maggiormente significativi (ricostruiti secondo una inflessione naturalistica, come modificazione della realtà preesistente) si verificano a notevole distanza di tempo dalle condotte dalle quali traggono scaturigine: questo è, appunto, il caso delle morti derivanti dalla respirazione delle polveri di amianto, situazione nella quale l'illecita esposizione alle sostanze nocive (già di per sé penalmente rilevante) può cagionare l'evento morte dopo molti anni.

Ora, interpretando il "fatto storico" come nozione inclusiva del solo elemento dell'azione od omissione, quest'ultima esigenza sarebbe restata inesorabilmente compromessa: certo, l'adozione di quel criterio avrebbe spalancato le porte alla massima tutela del diritto dell'imputato a non essere nuovamente giudicato per fatti (in parte significativa) dei quali era già stato chiamato a rispondere. Ma ciò avrebbe conferito alla garanzia del *ne bis in idem* il carattere di regola qualificata da «tratti di assolutezza», perciò, insuscettibile di bilanciamento²⁴ con contro-interessi. È proprio questa

²³ Sottolinea I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"?*, cit., come all'interesse dell'individuo di non trovarsi vittima di un numero «potenzialmente infinito di processi», faccia da contraltare l'interesse dell'ordinamento a garantire una tutela penale a quei fenomeni che prevedono una verifica «frazionata» nel tempo degli eventi susseguenti alla medesima condotta.

²⁴ Sul tema relativo al bilanciamento dei diritti nella giurispru-

connotazione che la Corte non intende asseverare, sul rilievo che essa non trova riscontro neppure nell'ambito convenzionale. Qui, anzi, il principio 'vive' in chiave di forte apertura al contemperamento con altre esigenze di tutela penale che ne comprimono la portata, secondo scansioni ancora più incisive di quanto non avvenga nell'ordinamento nazionale²⁵.

Avendo, dunque, delineato la nozione di "fatto" nella sua dimensione empirica – che incorpora condotta, nesso causale ed evento – la Corte sottolinea come soltanto in questa accezione il divieto di cui all'art. 649 c.p.p. attui le garanzie costituzionali di cui è espressione; pur non essendo esplicitamente menzionato nelle disposizioni della Carta, tale «principio di civiltà giuridica» – così definito dalla stessa Corte nell'ordinanza n. 150/1995 e, successivamente nella sentenza n. 284/2003 – trova ancoraggio costituzionale sia nell'art. 117 (in guisa di "ponte" di collegamento col parametro interposto della Convenzione europea), sia negli artt. 24 e 111 Cost. che, sebbene implicitamente, appaiono «normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di situazioni giurisdizionali in perpetuo divenire». Situazione che avrebbe preso forma ove si fosse interpretata la locuzione "medesimo fatto" di cui all'art. 649 c.p.p. come sinonimo di "fattispecie legale".

In questa prospettiva, non vi può essere spazio per valutazioni giuridico/domatiche concernenti la natura di pericolo dei reati contestati nel primo processo (artt. 434 e 437 c.p.), tantomeno potrebbe essere esaminata la questione interpretativo/sistemica del bene giuridico da essi tutelato e neppure quella della qualificazione giuridica dell'evento morte nel contesto delle due diverse fattispecie oggetto dei giudizi in raffronto (circostanza aggravante dei reati contestati in prima battuta ed elemento costitutivo del reato di omicidio doloso contestato nel secondo giudizio). Ciascuno di tali criteri, infatti, si colloca nella sfera (per certi versi

denza costituzionale, cfr., tra gli altri, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali 2007, Milano 2008, 185 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 4/1991, p. 639 ss.

²⁵ La Corte fa riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU che permette la riapertura del processo penale, se contemplata dall'ordinamento interno, definito con sentenza di assoluzione se siano sopravvenuti fatti o nuove rivelazioni idonee a sconfiggere la sentenza divenuta irrevocabile (ipotesi non prevista dalle norme nostrane che prevedono la possibilità di revisionare la sola sentenza di condanna «al fine di garantire, senza limiti di tempo, la "tutela dell'innocente"»). Evidenza, inoltre, come la stessa Grande Camera, con la pronuncia *Margus c. Croazia*, abbia sancito la possibilità di bilanciare la suindicata disposizione con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, ciò implicando l'inapplicabilità del divieto di *bis in idem* quando si tratti di giudicare con riguardo ad episodi di particolare gravità (nel caso concreto, crimini contro l'umanità) che devono necessariamente essere perseguiti dagli Stati firmatari della CEDU.

«rarefatta») dell'*idem* legale, implicando una comparazione tra le varie figure criminose contestate e non tra i fatti storici posti alla base delle distinte imputazioni.

4. Un giudizio valutativo della medesimezza del fatto storico scevro da ogni "contaminazione" giuridica: l'irrelevanza del concorso formale e l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

La seconda questione sulla quale il Giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi identifica l'autentico conflitto tra il parametro interposto di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU e la disposizione interna dell'art. 649 c.p.p. Si tratta del *topos* del diritto vivente nazionale, secondo cui il divieto di un secondo giudizio non opera in caso di concorso formale tra il reato vagliato nel primo processo e quello oggetto della nuova *res iudicanda*. A questa posizione ermeneutica – che ha radici nell'art. 90 del previgente codice di rito (non a caso rubricato «Inammissibilità d'un secondo giudizio») – si oppone il solo limite del caso in cui il primo processo sia stato irrevocabilmente definito con sentenza di proscioglimento «perché il fatto non sussiste» o «perché il fatto non costituisce reato»²⁶; qui, la preclusione dell'art. 649 c.p.p. ritrovrebbe attuazione²⁷.

La Corte chiarisce che nel sistema coesistono legittimamente il divieto del doppio giudizio ed il concorso formale di reati²⁸: distinti sono gli emisferi normativi di appartenenza (il primo processuale, il secondo sostanziale) e distinte sono le funzioni perseguite (l'art. 649 c.p.p. impedisce l'apertura di un nuovo procedimento riguardante fatti già vagliati in un precedente giudizio irrevocabilmente definito; l'art. 81 c.p. consente di addebitare all'imputato i molteplici reati commessi con una singola condotta²⁹). Essa ricono-

²⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. III, 25141/2009, Cass. sez. IV, 25305/2004.

²⁷ Una parte della dottrina ha correttamente criticato tale orientamento ponendo l'accento sulla contraddittorietà di tale scelta; se, infatti, per un verso, si ammette la possibile instaurazione di un nuovo procedimento, attesa la diversità dei fatti legati da un concorso formale, per l'altro si attribuisce rilevanza alla dichiarata insussistenza del fatto o alla non attribuibilità di questo all'imputato, riconoscendo implicitamente l'identità dei fatti contestati. Di questo avviso N. GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di un secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1214; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 1211.

²⁸ Si veda sul tema, nell'amplissima letteratura, F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 5, p. 1181 ss.

²⁹ Per un'approfondita trattazione in merito all'istituto del concorso formale, si veda: C. FIORE, S. FIORE, *Diritto Penale – Parte generale*, Utet, Roma, 2013, p. 614 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 700 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale – Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 507 ss.; F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale – Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 548 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 461 ss.; A. PAGLIARO, *Concorso di reati*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 665 ss.; S. PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, in *Digesto*, Utet, Roma, 1988, 515 ss.

sce come il giudice sia legittimato, una volta accertata l'assenza di un rapporto di specialità tra le norme o negato che si versi in un'ipotesi di concorso apparente tra queste, a contestare all'imputato tutti gli illeciti da egli perpetrati mediante una medesima condotta, nonostante il fatto sia identico sotto il profilo empirico³⁰.

Tuttavia, ravvisa una inopportuna "saldatura" da parte del diritto vivente interna tra il concorso formale di reati ed il divieto di *bis in idem*; in altri termini, è consolidato l'orientamento che ammette la legittima instaurazione di un secondo giudizio per il sol fatto che il reato per il quale si procede concorre formalmente con quello precedentemente contestato nel primo processo, benché derivante da un fatto identico in tutti i suoi elementi.

Sennonché, una volta interpretato in chiave naturalistica il concetto di fatto di cui all'art. 649 c.p.p., non appaiono più praticabili le valutazioni giuridiche connesse all'accertamento della sussistenza di un nesso concorsuale ex art. 81 c.p. (rappresentate, ad esempio, dall'individuazione del bene giuridico tutelato dalle diverse figure incriminatrici).

La disposizione interna, dunque, vive in conformità alla dimensione convenzionale del principio in parola ed ai principi costituzionali di cui questo risulta essere espressione, se le valutazioni legate all'ipotesi di concorso formale tra reati (così come ogni altra valutazione di stampo giuridico) non confluiscono – in quanto riconducibili al censurato canone dell'*idem legale* – in ciò che rappresenta la sola analisi cui il giudice è tenuto, ossia la comparazione tra il fatto storico per come ontologicamente delineato nel primo giudizio e quello tratteggiato nella nuova imputazione. Ciò implica necessariamente che, ancorché i reati contestati siano tra loro collegati dal vincolo di cui all'art. art. 81 c.p., il giudicante, qualora rinvenga l'identità di ogni segmento in cui può teoricamente scomporsi il fatto storico, deve spalancare le porte della tutela apprestata dall'art. 649 c.p.p.

Sembra essere questa, peraltro, l'unica via perseguibile per valorizzare la *ratio* del *ne bis in idem*³¹ attraverso cui, come ha sottolineato attenta dottrina, «il sistema esclude processi parziali»³²; si tratta di una

finalità la cui realizzazione sarebbe inevitabilmente compromessa qualora si ammettesse che un medesimo fatto possa costituire oggetto di molteplici giudizi per l'esclusiva circostanza di aver più volte violato la stessa disposizione incriminatrice o per aver realizzato violazioni di diverse fattispecie criminose. A tal riguardo, importante conferma si rinviene nel Progetto dell'art. 90 del preesistente codice di rito; prima della sua emanazione, infatti, la succitata disposizione conteneva un ulteriore comma – che si aggiungeva ai due che avrebbero poi composto la versione definitiva – il quale, alludendo proprio all'ipotesi di concorso formale eterogeneo, consentiva la perseguibilità dell'autore per uno dei reati non contestati nel primo giudizio a condizione che egli non fosse stato assolto per insussistenza del fatto o non attribuibilità dello stesso all'imputato. Ebbene, a seguito delle aspre critiche provenienti da varie fasce dell'opinione giuridica e dalla commissione parlamentare, la norma fu soppressa proprio sul rilievo secondo il quale «quando i vari reati derivano da un unico fatto, è opportuno che vengano tutti imputati e giudicati con un unico procedimento»³³.

Nell'inoperosità del principio di *ne bis in idem* per la sola sussistenza di un concorso formale tra i reati alla base dei diversi processi, risiede, come si è visto, l'unica ragione di contrasto tra il "diritto vivente" interno con riguardo all'art. 649 c.p.p. ed il parametro interposto dell'art. 4 Prot. 7 CEDU per come uniformemente interpretato dalla Corte di Strasburgo; derivandone da ciò l'indiretta incompatibilità con la previsione costituzionale di cui all'art. 117 Cost., la disposizione interna, è da ritenersi illegittima «nella parte in cui 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».

Ciò non può tuttavia tradursi, specifica in conclusione il Giudice delle leggi, nell'irragionevole effetto contrario di un'automatica applicazione del divieto in tutti quei casi in cui i diversi reati siano tra di loro collegati da un vincolo concorsuale perché posti in essere mediante un'unica azione od omissione; a ben vedere, infatti, sarebbe stata questa la necessaria conseguenza dell'accoglimento del criterio, prospettato dal giudice remittente, che vedeva l'*idem factum* identificarsi con il solo elemento della condotta. Difatti, una volta stabilito che può parlarsi di medesimezza del fatto solo allorché si riscontri una sovrapposibilità di tutti i suoi elementi (rappresentati dal trinomio condotta, nesso causale ed evento, intesi, come più volte evidenziato, nella loro concezione strettamente empirica), ben potrà sussistere un concorso formale tra i molteplici reati commessi mediante il compimento di un'unica azione od omissione non operando la preclusione ex art. 649

³⁰ La Corte, specificando che trattasi di un istituto afferente alla parte sostanziale della materia penale, evidenzia l'insindacabilità di una scelta di politica criminale effettuata dal legislatore sulla quale potrebbe pronunciarsi soltanto in merito ad eventuali criticità del profilo sanzionatorio. Con riguardo alla tematica del concorso apparente tra norme, si veda, ancora, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto Penale – Parte generale*, cit., p. 608 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, cit., p. 715 ss. Sulle problematiche relative alla connessa questione della specialità in concreto, cfr. M. ROMANO, *Comm. Sist. C.p., I*, Milano, 2004, p. 177; L. DELLA RAGIONE, *Frode fiscale e truffa aggravata: le Sezioni Unite tornano sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1223 ss.

³¹ E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., p. 23.

³² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 1208.

³³ Cita testualmente le parole pronunciate dall'on. Alfredo Rocco nella Relazione al Progetto del codice di procedura penale, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 2012, p. 1213.

c.p.p., dal momento che, come osservato in precedenti pronunce del medesimo organo, «anche se l'azione è unica, gli eventi, che sono plurimi e diversi, danno ontologicamente luogo a più fatti, che possono anche essere separatamente perseguiti»³⁴.

5. Conclusioni

Una volta definiti i canoni ermeneutici che dovranno informare l'azione del giudice nella valutazione circa l'ipotesi di un *bis in idem*, la Corte arriva a fornire delle indicazioni esemplificative sull'applicazione dei principi enunciati, facendo opportuno riferimento al caso concreto posto al vaglio dell'autorità remittente.

Viene specificato, infatti, come gli accadimenti saranno tra di loro senz'altro diversi nell'ipotesi in cui, da una medesima condotta, derivi un evento in senso naturalistico (ad esempio, la morte o la lesione dell'integrità fisica) con riferimento ad un soggetto la cui posizione non è stata considerata nel primo giudizio (è questo il caso dei 72 soggetti che non figuravano nella lista delle persone offese nel processo *Eternit* e che rientrano ora tra le 258 persone per i cui decessi si procede e nei confronti dei quali, dunque, il divieto di *bis in idem* non potrà operare).

Nella diversa ipotesi in cui quella posizione individuale sia già stata vagliata nel giudizio antecedente (dunque, con riferimento alle restanti 186 persone), il giudice *a quo* non solo dovrà accertare se i suddetti eventi abbiano in esso trovato precipua cognizione, ma dovrà spingersi ad attestare che sia stato considerato anche il loro collegamento eziologico con la condotta dell'imputato. Solo all'esito positivo di tale raffronto, potrà rinvenirsi l'identità del fatto, con conseguente applicazione del divieto di cui all'art. 649 c.p.p.

Sulla scorta di tali assunti, assodata la procedibilità nei confronti di quei decessi verificatisi successivamente alla definizione del primo processo (essendosi, dunque, verificatisi nuovi eventi in senso naturalistico), il G.U.P., chiamato ad indagare sulla circostanza che tutte le (restanti) singole morti siano state specificamente accertate nel precedente giudizio – insieme, come detto, al nesso di causalità con la condotta dalla quale hanno tratto origine –, si è risolto nel senso di non considerare il processo *Eternit bis* un doppio giudizio così come precluso dall'art. 649 c.p.p.³⁵; il fatto per il

quale si procede è, infatti, diverso poiché il fondamento empirico sul quale si è vagliata la configurabilità dei reati di cui agli artt. 434 e 437 c.p. in prima istanza contestati, non corrisponde in tutti i suoi elementi a quello posto alla base della nuova imputazione, essendo stato omesso ogni accertamento relativo al collegamento causale con ogni singola morte, come era, invece, già emerso nelle sentenze pronunciate dalla Corte d'Appello e dalla Corte di Cassazione nell'ambito del primo processo³⁶.

³⁴ Corte cost., sent. n. 6/1976 e Corte cost., sent. n. 69/1976.

³⁵ Il giudice ha, nelle sentenze coeve all'ordinanza con la quale non ha ritenuto applicabile il divieto di *bis in idem*, altresì derubricato nel delitto di omicidio colposo ex art. 589 c.p. aggravato dalla previsione dell'evento il reato di omicidio volontario originariamente contestato. Per effetto di tale riqualificazione, ha disposto il rinvio a giudizio dello Schmidheiny innanzi al Tribunale di Torino con riferimento a due soli casi di morte, trasmettendo, in ordine a tutti gli altri casi, gli atti alle Autorità giudiziarie di R. Emilia, Napoli e Vercelli e dichiarando estinte per intervenuta prescrizione numerose ipotesi di omicidio colposo. In merito al contenuto di tali pronunce, si veda il commento ad opera di Redazione (a cura di) *Eternit Bis: la decisione del Giudice dell'udien-*

za preliminare, tra precedenti giurisprudenziali e criticità operative in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁶ Con riferimento alla figura delittuosa di disastro doloso ex art. 434 c.p., la Corte di Cassazione aveva sottolineato, nella sentenza n. 1292/2014, come l'evento della suindicata fattispecie consista in una offesa all'incolumità di un indeterminato numero di persone, specificando, altresì, come non abbia fatto parte dell'*iter* processuale l'accertamento dei nessi eziologici con i singoli decessi. Nel precedente grado di giudizio, la Corte d'Appello giunge alle medesime conclusioni, rilevando come le morti verificatesi costituissero solo manifestazione dell'unico evento del reato di pericolo di cui all'art. 434 c.p. (Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro), rappresentato, invece, da un singolo fenomeno dalla ampia portata lesiva.

Il nuovo delitto di inquinamento ambientale al vaglio della nomofilachia. *Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170*

abstract

In the judgment under review, the Italian Supreme Court, for the first time, deals with a wide range of issues relating to the offence of “environmental pollution”, enshrined in art. 452-bis of the Criminal Code. The decision reveals, interesting elucidations about the legal nature of the mentioned type of offence, while, on the other hand, it clarifies the operative limits between the concepts of deterioration and implication of environmental pollution.

keywords

Environmental pollution – Deterioration – Implication – Offence 452-bis – Criminal code.

abstract

Con la sentenza in commento la Suprema Corte affronta, per la prima volta, una molteplicità di questioni inerenti il delitto di nuovo conio previsto dall'art. 452 bis c.p.

La decisione si segnala per le interessanti puntualizzazioni fornite sulla natura giuridica della nuova fattispecie incriminatrice, introdotta, di recente, dalla legge n. 68/2015, e per le delucidazioni offerte, sul piano dei contenuti, in riferimento ai concetti di deterioramento e compromissione.

parole chiave

Inquinamento ambientale – Deterioramento – Compromissione - Reato 452-bis - codice penale.

La Cassazione indica i presupposti del nuovo delitto di inquinamento ambientale

In tema di delitti ambientali, ai fini della configurabilità del delitto di inquinamento ambientale (art. 452-bis c.p.), da un lato non rileva l'eventuale reversibilità del fenomeno inquinante, se non come uno degli elementi di distinzione tra il delitto in esame e quello, più severamente punito, del disastro ambientale di cui all'art. 452-qua-

ter c.p. e, dall'altro, l'accertamento della compromissione o del deterioramento normativamente richiesti quali condizioni per la sussistenza del reato non può limitarsi solo ad alcuni degli effetti prodotti dalla condotta, ma impone di considerare compiutamente quelle condizioni di “squilibrio funzionale o strutturale” che caratterizzano la condotta penalmente rilevante.

La condotta “abusiva” di inquinamento ambientale, idonea ad integrare il delitto di cui all'art. 452-bis c.p. (disposizione introdotta dalla legge 22 maggio 2015, n. 68), comprende non soltanto quella svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali – ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale – ovvero di prescrizioni amministrative. (Fattispecie di inquinamento di acque marine, derivante da un'attività di bonifica di fondali effettuata in spregio delle relative prescrizioni progettuali).

In tema di inquinamento ambientale, punito dall'art. 452-bis c.p., i termini “compromissione” e “deterioramento” indicano fenomeni sostanzialmente equivalenti negli effetti, in quanto si risolvono entrambi in una alterazione, ossia in una modifica dell'originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema caratterizzata, nel caso della “compromissione”, in una condizione di rischio o pericolo che potrebbe definirsi di “squilibrio funzionale”, perché incidente sui normali processi naturali correlati alla specificità della matrice ambientale o dell'ecosistema ed, in quello del deterioramento, come “squilibrio strutturale”, caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità di questi ultimi.

Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170
(depositata il 03 novembre 2016)

Pres. Amoroso, Est. Ramacci, Imp. Simonelli

[... Omissis ...]

Ritenuto in fatto e considerato in diritto

1.- Il Tribunale della Spezia, con ordinanza del

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

[...*Omissis...*]

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

[...*Omissis...*]

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

[...*Omissis...*]

Anche in ordine all'individuazione del bene ambientale sul quale si riverberano le conseguenze della condotta non vi è incertezza alcuna, essendo le acque in genere, così come l'aria, espressamente contemplate dall'art. 452-*bis* c.p. senza alcun riferimento quantitativo o dimensionale [...*Omissis...*] È tuttavia evidente che, in ogni caso, l'estensione e l'intensità del fenomeno produttivo di inquinamento ha comunque una sua incidenza, difficilmente potendosi definire «significativo» quello di minimo rilievo, pur considerandone la più accentuata diffusività nell'aria e nell'acqua rispetto a ciò che avviene sul suolo e nel sottosuolo.

[...*Omissis...*]

Nell'individuazione del significato concreto da attribuire ai termini «compromissione» e «deterioramento» non assume decisivo rilievo la denominazione di «inquinamento ambientale» attribuita dal legislatore al reato in esame.

[...*Omissis...*]

L'indicazione dei due termini con la congiunzione disgiuntiva «o» svolge una funzione di collegamento tra i due termini – autonomamente considerati dal legislatore, in alternativa tra loro – che indicano fenome-

ni sostanzialmente equivalenti negli effetti, in quanto si risolvono entrambi in una alterazione, ossia in una modifica dell'originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema caratterizzata, nel caso della «compromissione», in una condizione di rischio o pericolo che potrebbe definirsi di «squilibrio funzionale», perché incidente sui normali processi naturali correlati alla specificità della matrice ambientale o dell'ecosistema ed, in quello del deterioramento, come «squilibrio strutturale», caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità di questi ultimi.

[...*Omissis...*]

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

[...*Omissis...*]

L'assenza di espliciti riferimenti a limiti imposti [...*Omissis...*] consente di escludere l'esistenza di un vincolo assoluto per l'interprete correlato a parametri imposti dalla disciplina di settore, il cui superamento, come è stato da più parti già osservato, non implica necessariamente una situazione di danno o di pericolo per l'ambiente.

****Nota a sentenza*

sommario

1. La *quaestio facti* all'origine della vicenda processuale. – 2. La nuova fattispecie di inquinamento ambientale, «*Godot*» è arrivato. – 3. La natura giuridica della fattispecie ed il bene tutelato dalla norma. Timidi riferimenti all'offensività in concreto. – 4. La particolare clausola di antiggiuridicità speciale: l'abusività delle condotte inquinanti. Il dibattito in dottrina e la soluzione offerta dalla Nomofilachia. – 5. La compromissione ed il deterioramento, tra «squilibrio funzionale» e «squilibrio strutturale». – 6. La rilevanza «significativa» dell'alterazione ambientale e l'accertabilità in concreto dell'evento. – 7. Conclusioni.

1. La *quaestio facti* all'origine della vicenda processuale

I Giudici della Terza sezione penale della Corte di Cassazione, si occupano, per la prima volta, del delitto di inquinamento ambientale *ex art.* 452-*bis* c.p.

L'occasione è offerta da una da un'ordinanza del Tribunale della Spezia, resa nell'ambito di un procedimento cautelare reale, con la quale veniva accolta l'istanza di riesame avverso un decreto di sequestro preventivo emesso dal giudice per le indagini preliminari presso il medesimo Tribunale.

In altri termini, tanto il pubblico ministero procedente che il giudice per le indagini preliminari, avevano ritenuto sussistente il nuovo reato di inquinamento

ambientale, procedendo all'esecuzione della misura cautelare reale, ex art. 321 c.p.p., avente ad oggetto una porzione di fondale ed un cantiere.

Ciò in quanto si ipotizzava, a carico del progettista e direttore dei lavori di dragaggio di due moli, il già citato reato di inquinamento ambientale, concretatosi nell'aver omesso di rispettare le norme progettuali, provocando dispersione di sedimenti nelle acque circostanti, conseguente trasporto degli inquinanti in essi contenuti (nella fattispecie, idrocarburi e metalli pesanti), tali da cagionare un deterioramento ed una compromissione significativa delle acque del golfo di La Spezia.

La pronuncia, resa dai giudici di legittimità, si segnala per la sua capacità di indagare, sebbene limitatamente, in quanto esplorativa delle implicazioni derivanti dalla prima applicazione della fattispecie in esame, gli aspetti costitutivi della nuova norma incriminatrice.

2. La nuova fattispecie di inquinamento ambientale, "Godot" è arrivato

Con la legge 22 maggio 2015, n. 68, finalmente si fornisce sistematicità e coerenza alla tutela penale dell'ambiente.

Godot è finalmente arrivato¹. È giunto a normativizzare l'azione repressiva della questione criminale ambientale. Invero, già dal 1998 un risalente progetto di legge² risultava essere stato trasmesso alle Presidenze delle Camere, ma è dal 2007 che lo schema di disegno di legge governativo, l'attuale legge n. 68, giaceva nei cassetti parlamentari.

La novella del 2015, è oggi ritenuta una conquista di civiltà, che segna un ulteriore aspetto d'avanguardia nel contrasto giudiziario agli eco-delitti.³

Tuttavia, prima di approdare alla definitiva formulazione incriminatrice dei fatti lesivi dell'ambiente, la

¹ L'affermazione riprende l'assunto intriso di attesa e di speranza di V. B. MUSCATIELLO, *Aspettando Godot*, in *Diritto penale e processo*, n. 11/2007, 1521 ss. In particolare l'autore passa in rassegna le novità introdotte dall'allora schema di disegno di legge di iniziativa governativa che fu approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2007.

Tale disegno di legge prevedeva un impianto normativo estremamente simile a quella attualmente vigente. Anche in quel caso si prevedeva di inserire un Titolo VI-bis c.p., così come erano contemplate molte delle fattispecie delittuose oggi previste e punite agli artt. 452-bis ss. c.p.

Così come si prevedeva l'inserimento di delitti di pericolo concreto e di danno, livelli di progressiva offensività, adeguate previsioni normative per contrastare le forme organizzate di delinquenza ambientale.

² Il progetto di legge era intitolato "Introduzione nel codice penale del titolo VI-bis, Delitti contro l'ambiente, e disposizioni sostanziali e processuali contro il fenomeno criminale dell'"Ecomafia"

³ In tal senso M. TELESICA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente: ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Dirittopenalecontemporaneo*, 4 ss.

materia ha subito una gestazione certamente non breve, che avrebbe autorizzato a sperare in un provvedimento a dir poco perfetto, e che, invece, pone ancora delicate questioni sul piano della coerenza normativa e dell'effettività della tutela penale.

Appare comunque meritevole il tentativo del legislatore di apprestare strumenti normativi adeguati a fronteggiare le aggressioni all'ecosistema, assumendosi il gravoso compito di rispondere alle innumerevoli istanze di protezione.

Il disegno di legge n. 1345B, definitivamente approvato dal Senato il 19 maggio 2015, ha rappresentato, oltretutto, un radicale cambio di prospettiva nell'approccio assunto dal legislatore penale nei confronti del bene "ambiente".

Se precedentemente, in ambito giuridico, i fenomeni di aggressione ambientale erano statati sottovalutati⁴, soprattutto a seguito del progresso tecnologico e della conseguente massimizzazione del profitto d'impresa, attualmente si è preso coscienza dei rischi connessi all'indiscriminato arricchimento legato ad altrettanto indiscriminato sviluppo tecnologico.

Ci si è resi conto, cioè, che tutto è originato dall'"eticità" delle scelte imprenditoriali che sono maturate all'interno di uno specifico modello di impresa e di sviluppo e, quindi, economico-finanziario.

L'opera del riformatore appare, allora, più ampia, considerato che la legge 68/2015 offre una rilettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della tutela penale contro gli ecoreati.

Sebbene, infatti, non vi siano riferimenti espliciti alle norme eurounitarie, appare evidente come l'opera riformatrice rappresenti la tanto attesa attuazione della direttiva 2008/99/CE, del 19 novembre 2008, inerente la protezione dell'ambiente attuata mediante strumenti di politica – criminale.

Del resto la giurisprudenza della CGUE non ha mancato di rilevare come la tutela dell'ambiente costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità europea, ai sensi degli artt. 2 e 6 TCE e pertanto «gli artt. 174-176 TCE⁵, costituiscono, in via di principio, la cornice normativa entro la quale deve attuarsi la politica comunitaria in materia ambientale»⁶

⁴ Non può dirsi lo stesso, però, per l'ambito "metagiuridico", per ciò intendendo le aggregazioni sociali che da sempre conducono una strenua battaglia per il riconoscimento dei delitti ambientali all'interno del codice penale. Basti pensare ai 22 rapporti redatti dall'organizzazione Legambiente e le campagne condivise con Libera, Associazioni, nomi e numeri contro le mafie; si pensi ancora ai comitati di cittadini liberi che si sono opposti ai poteri politico-mafiosi di gestione incontrollata delle discariche abusive, e non, in Campania. Non a caso, infatti, l'attuale novità legislativa è stata approvata, non solo con larga maggioranza espressasi tanto in Senato quanto alla Camera dei Deputati, ma oltretutto con l'avallo delle principali associazioni ambientaliste quali la già citata Legambiente ed il WWF.

⁵ Oggi ricompresi nell'ambito del Titolo XX del TFUE, agli artt. 191 ss.

⁶ Sul punto cfr. CGUE, sentenza del 13 settembre 2005, causa

Con la già richiamata legge n. 68, per quel che in questa sede interessa, il codice penale oggi punisce l'inquinamento ambientale all'art. 452-*bis*.

Si tratta di un delitto punito con la pena della reclusione da due a sei anni, e per la sua struttura si colloca come *novum* nel panorama della tutela penale dell'ambiente, precedentemente connotato da ipotesi di reato contravvenzionali, calibrate su modelli di responsabilità legati al superamento dei cosiddetti valori – soglia, ovvero alla mancanza di autorizzazioni amministrative per l'esercizio di determinate attività.

3. La natura giuridica della fattispecie ed il bene tutelato dalla norma. Timidi riferimenti all'offensività in concreto

L'art. 452-*bis* c.p. punisce chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili, tanto delle acque, dell'aria o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo⁷, quanto di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna⁸.

Come anticipato in precedenza, la novella si caratterizza, anzitutto, per l'introduzione di fattispecie incriminatrici non più modellate sul tipo di illecito penale costituito dall'esercizio di attività inquinanti, in difetto di autorizzazione, ovvero dal superamento dei valori soglia stabiliti dalle norme. Il passaggio, segnato dal legislatore del 2015, è di grande importanza, se si considera che tale impostazione normativa emancipa il diritto penale dell'ambiente dalla previa valutazione amministrativa delle condotte penalmente rilevanti.

Corollario di tale impostazione è la configurazione dell'inquinamento ambientale quale delitto di evento e di danno, involgente le matrici ambientali, che si sostanzia in una compromissione o deterioramento significativi e misurabili di un bene giuridico specificamente indicato dal legislatore.⁹

Quale specifico oggetto di tutela, la norma individua, infatti, tanto le risorse idriche, quanto quelle terrestri nonché quelle aeree. Non solo, ma la norma si riferisce anche all'ecosistema e alla biodiversità della flora e della fauna, per cui il legislatore si è voluto riferire a macrocategorie di beni suscettibili di essere più o meno compromessi dall'attività inquinante.

Proprio su tale versante, i giudici di legittimità si soffermano nell'individuazione del bene giuridico.

La Corte regolatrice, lascia intendere, timidamente, che la specificazione quantitativa delle porzioni estese e significative riferite ai soli beni del suolo

e del sottosuolo – essendo effettivamente difficoltosa la quantizzazione delle acque e dell'aria – soggiace ad una valutazione dell'offensività in concreto da parte del giudice del merito.

4. La particolare clausola di anti giuridicità speciale: l'abusività delle condotte inquinanti. Il dibattito in dottrina e la soluzione offerta dalla Nomofilachia

Il delitto di inquinamento ambientale reca la clausola di anti giuridicità speciale, allorché afferma che è punito «chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili».

Già in sede di prima lettura della norma, *ex art. 452-*bis* c.p.*, è stato rilevato che l'uso legislativo dell'espressione “abusivamente” corrisponde alla precisa volontà politico – criminale di non circoscrivere l'operatività della disposizione alle sole ipotesi nelle quali fosse venuta in rilievo la violazione delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente, la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale.

Con l'uso della locuzione indiziante l'anti giuridicità speciale, si è inteso estendere l'applicabilità della norma anche a condotte di inquinamento (e di disastro) consumate mediante infrazione di regole volte a tutelare, in via immediata, interessi diversi ma collegati alla tutela ambientale.¹⁰

Tuttavia, v'è chi ha espresso particolari preoccupazioni legate alla formulazione della norma, ritenuta peraltro non del tutto rispettosa del principio di tipicità. Più in particolare, l'aspetto enigmatico concernerebbe l'ambito di applicazione delineato dall'abusività della condotta.

In altre parole, la nuova fattispecie risulterebbe poco efficace a causa di un suo confinamento alle sole ipotesi di condotte abusive in quanto *sine titulo*, con esclusione di tutte le situazioni nelle quali sia possibile rinvenire un provvedimento formale di autorizzazione della condotta materiale, dalla quale sia poi derivato il fenomeno di grave alterazione eco-sistemica.

Sul punto, l'elaborazione teorica non ha mancato di evidenziare che “abusivamente” non deve intendersi alla stregua di una clausola delimitativa della valutazione penale delle sole condotte clandestine. Al contrario essa deve estendersi a tutte le ipotesi di violazione di norme di legge statale o regionale ovvero delle prescrizioni amministrative.¹¹

Non si discosta da tale impostazione teorica la prima lettura della Nomofilachia. Al riguardo i giudici di legittimità hanno, infatti, rammentato le conclusioni raggiunte dall'ermeneutica giudiziale con riferimento all'abusività di cui al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti *ex art. 260 T.U.A.*

¹⁰ P. MOLINO, Rel. n. III/04/2015 (Corte di Cassazione, Uff. del Massimario. Settore Penale), *Novità legislative cit.*, 8

¹¹ Ancora C. R. RIVA, *I nuovi ecodelitti*, Torino, 2015, 6

C-176/03, Commissione c/ Consiglio.

⁷ Art. 452 *bis*, comma 1, n. 1.

⁸ Art. 452 *bis*, comma 1, n. 2.

⁹ Sul punto si è in tali termini espressa la Corte di Cassazione in P. MOLINO, Rel. n. III/04/2015 (Corte di Cassazione, Uff. del Massimario. Settore Penale), *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante “Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente”*.

Al riguardo, è da condividere il principio di diritto per il quale sussiste l'abusività dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti allorquando essa si svolga continuamente nell'inosservanza di prescrizioni ed autorizzazioni.

In altri termini, il carattere abusivo si sostanzia non soltanto nell'attività clandestina, e cioè in assenza delle necessarie autorizzazioni amministrative, ma anche quando queste pur sussistendo, risultino scadute o palesemente illegittime ovvero non commisurate al tipo di rifiuti oggetto dell'attività di gestione e smaltimento.¹²

Sulla scorta di tali riflessioni giurisprudenziali, la Corte Suprema di Cassazione ha espressamente ritenuto condivisibili gli approdi ermeneutici raggiunti sull'abusività del delitto *ex art. 260 T.U.A.*, anche con riferimento al diverso delitto di inquinamento ambientale *ex art. 452-bis c.p.*

Conclusivamente, i giudici della Terza Sezione Penale rilevano come la dottrina abbia, con argomentazioni pienamente condivisibili, richiamato i contenuti della direttiva 2008/99/CE e riconosciuto un concetto ampio di condotta "abusiva", comprensivo non soltanto di quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di prescrizioni amministrative.¹³

5. La compromissione ed il deterioramento, tra "squilibrio funzionale" e "squilibrio strutturale"

Quale evento che consegue alla condotta abusiva di cui al citato art. 452-*bis* c.p., il novellatore ha previsto una compromissione ed un deterioramento significativi e misurabili.

È appena il caso di evidenziare, che il riferimento normativo non definisce la consistenza della compromissione, ovvero del deterioramento, tant'è che la dottrina ha immediatamente rilevato che tali elementi non potranno non essere oggetto di contrastanti interpretazioni.

Sulla scorta di tale assunto, l'elaborazione teorica ha individuato due criteri per la identificazione di una compromissione o di un deterioramento misurabili.

Il primo è di carattere numerico – quantitativo, che però è stato escluso, sull'assunto che i valori indici delle concentrazioni – soglia di contaminazione¹⁴, e delle concentrazioni – soglia di rischio¹⁵, sono stati elementi caratterizzanti le contravvenzioni di settore, con la conseguenza che il loro superamento potrebbe

non essere indicativo di una compromissione o di un deterioramento significativi e misurabili, che sono, al contrario, elementi strutturali del diverso delitto di inquinamento ambientale.

Sicché, la dottrina preferisce riferirsi ad altro criterio, di natura qualitativa, che attiene a parametri descrittivi degli "sforzi" necessari al ripristino dello *status quo ante*, sempre che sia possibile "tornare indietro".

A rilevare non è tanto il superamento del valore soglia, quanto la frequenza e l'ampiezza di tale violazione, così come assume valore indicativo la persistenza, e non già l'occasionalità inquinante, degli effetti prodotti dalla condotta causativa della contaminazione ambientale.

Infine, dovrà pure valutarsi un aspetto certamente indicativo della consistenza dell'alterazione eco-sistemica, quale è quello dei costi necessari al ripristino, ovvero alla bonifica, dell'area contaminata, ed alle difficoltà tecniche connesse all'opera di neutralizzazione, ove possibile, degli agenti inquinanti.

Del resto, l'indirizzo interpretativo della dottrina ha in sé una coerenza logico – sistematica, se si considera la formulazione dell'agognato delitto di disastro ambientale *ex art. 452-quater c.p.*

La norma, or ora richiamata, si connota per la irreversibilità dell'alterazione eco-sistemica o per la particolare onerosità delle procedure per l'eliminazione di questa, mediante provvedimenti eccezionali.

Ne consegue, che potrà essere qualificata alla stregua di un "inquinamento ambientale" quella condotta che abbia cagionato un'alterazione non irreversibile, ed eliminabile con procedure non particolarmente onerose, connotate da provvedimenti di carattere ordinario rispetto a quelli che si renderebbero necessari in caso di disastro ambientale.

Sulla impossibilità di ricorrere a dati normativi preesistenti per l'esegesi delle espressioni utilizzate dal legislatore ambientale, si schiera anche la sentenza della cassazione in commento.

A ben vedere, i giudici di legittimità, nell'affrontare la specifica questione inerente le delimitazioni semantiche delle locuzioni "significative" e "misurabili", ha escluso il ricorso alle definizioni contemplate dall'art. 5 d.lgs. 152/2006 (T.U.A.), ciò in quanto queste sono state rese nell'ambito di un contesto normativo completamente differente dal *corpus* costituito dalla legge 68/2015, ed inoltre, ogni qual volta il legislatore abbia voluto fare riferimento alla disciplina giuridica di cui al d.lgs. 152/2006, lo ha sempre fatto in maniera esplicita.

Ciò premesso, la Nomofilachia tenta però di proporre una definizione, *melius*, una identificazione dell'indice differenziale tra compromissione e deterioramento.

Anzitutto, i giudici di legittimità non dubitano sulla sostanziale disomogeneità dei termini utilizzati, i quali, a loro volta, identificano fenomeni ben diversi

¹² Sul punto cfr. *ex plurimis*, sez. 3, 8 gennaio 2015, n. 18669, GATTUSO; sez. 3, 15 ottobre 2013, n. 44449, GHIDOLI, Rv. 258326; sez. 3, 20 dicembre 2012, n. 19018 (dep. 2013), ACCARINO e altri, Rv. 255395; sez. 3, 14 luglio 2011, n. 46189, PASSARIELLO e altri, Rv. 251592; sez. 3, 23 settembre 2010, n. 40845, DEL PRETE ed altri.

¹³ Cfr. Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170.

¹⁴ C.S.C. *ex art. 242*, lett. d) T.U.A.

¹⁵ C.S.R. *ex art. 242* lett. c) T.U.A.

dalla irreversibilità ed irrimediabilità di cui all'ipotesi del delitto di disastro ambientale.

Mentre la compromissione riguarderebbe uno "squilibrio funzionale" in quanto incidente sui normali processi naturali della specifica matrice ambientale, il deterioramento concernerebbe uno "squilibrio strutturale", caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità dei processi naturali summenzionati.

In definitiva, può dirsi avverata la predizione della dottrina che, in sede di prima lettura, ebbe a sostenere che «è verosimile che i giudici sfrutteranno l'ampiezza degli aggettivi per riempirla di contenuto, a seconda dei casi, in base ad una valutazione globale dei vari indici»¹⁶.

Il che lascia decisamente perplessi sulla portata "epocale" della riforma tanto attesa, giacché il legislatore avrebbe potuto essere maggiormente specifico, al fine di garantire una maggiore effettività della tutela penale ambientale.

6. La rilevanza "significativa" dell'alterazione ambientale e l'accertabilità in concreto dell'evento

E tuttavia, non tutte le compromissioni o i deterioramenti sono penalmente rilevanti. La nuova disposizione penale richiede che si tratti di un'alterazione significativa, oltre che misurabile.

Al riguardo, è stato ripercorso l'iter legislativo che ha condotto alla scelta del termine "significativo" in luogo di "rilevante".¹⁷

Ne consegue che è da ritenersi ultronea qualunque ulteriore questione che sia fondata sulla violazione del principio di legalità *ex art. 25 Cost.*

Ed infatti, il legislatore ambientale, secondo la migliore interpretazione offerta dalla dottrina, ha rilevato, come anche per il parametro della misurabilità, che l'espressione "significativa" con riferimento alla compromissione (o al deterioramento), non ha un mero contenuto numerico e quantitativo, atteso che non possono essere ritenuti significativi, *ex se*, i meri superamenti dei valori – soglia, cioè in quanto, sebbene misurabili, non sono necessariamente indicativi di un reale e concreto danno per l'ambiente.

Secondo i giudici di legittimità, dunque, conformemente a quanto evidenziato in dottrina, deve ritenersi significativa quella compromissione incisiva e rilevante, accertata in concreto dal giudice, con la conseguenza che il mero superamento dei limiti soglia, indicati dall'art. 300 del d.lgs. 152/2006, rappresenta

un parametro che l'interprete potrà tenere in debita considerazione, ma non potrà fondare esclusivamente la propria convinzione sulla mera corrispondenza del superamento del valore soglia, attesa la necessità di una ulteriore indagine dell'offensività in concreto.

7. Conclusioni

Il primissimo pronunciamento di legittimità sul delitto di inquinamento ambientale apre ad una riflessione in particolare.

Sebbene siano stati mossi passi importanti nell'ambito della legislazione penale dell'ambiente – basti pensare alla scelta di una specifica disciplina codicistica, all'introduzione di norme configuranti reati di evento di danno e non di pericolo astratto, alla proporzione, più o meno rispettata, tra fatto commesso e sanzione penale corrispondente – tuttavia è stato messo in luce come il linguaggio legislativo non soddisfi esigenze di garanzia del diritto penale.

L'ermeneutica giudiziale, in tale pronunciamento, esprime le difficoltà interpretative volte a dare corpo a quegli elementi normativi che lasciano perplessi, ancor di più in quanto espressamente sganciati dai criteri di valutazione contravvenzionali di cui al già citato T.U.A.

Ed infatti, espressioni come "deterioramento significativo", "alterazione irreversibile", ovvero "ecosistema" hanno contenuti troppo ampi e che necessariamente devono essere rimessi al prudente apprezzamento del giudice.

E tuttavia, non soddisfa la garanzia di una interpretazione costituzionalmente orientata da parete del giudicante, la quale opera in via sussidiaria, ma deve innanzitutto essere garantita la interpretazione costituzionalmente orientata, dei fenomeni sociali, operata dal legislatore.

In definitiva, spetta, alle scelte di politica – criminale interpretare e tradurre le istanze sociali, attraverso un puntuale "racconto" legislativo di tali fenomeni.

¹⁶ C. R. RIVA, *I nuovi ecoreati*, Torino, 2015, p. 12.

¹⁷ Sul punto cfr. P. MOLINO, Rel. n. III/04/2015 (Corte di Cassazione, Uff. del Massimario. Settore Penale), *Novità legislative cit.*, 5, nella quale si afferma che «Con riferimento al requisito della "significatività" e misurabilità», va ricordato che nella lettura definitiva è stata abbandonata una prima formulazione che, nel pretendere un inquinamento "rilevante", lasciava aperte tutte le perplessità sul rispetto del principio di determinatezza di cui al secondo comma dell'articolo 25 della Costituzione».

Corte di Cassazione, sez. V pen.

Sentenza ud. 24 marzo 2017 - deposito del 7 aprile 2017, n. 17819

Pres. Nappi, Rel. Vessichelli

Bancarotta fraudolenta – bancarotta patrimoniale prefallimentare – Natura – Reato di pericolo concreto – Condizioni

Il reato di bancarotta patrimoniale prefallimentare è un reato di pericolo concreto, nel senso che l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione agli interessi della massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare.

Cass. pen., sez. V, sentenza ud. 24/3/2017 - deposito del 7/4/2017, n. 17819

Pres. Nappi, Rel. Vessichelli

(omissis)

Svolgimento del processo

Ha proposto ricorso per cassazione L. P. avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma in data 17 settembre 2015 con la quale è stata confermata quella di primo grado, emessa all'esito di giudizio abbreviato, di condanna in ordine al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Dal Gup la responsabilità era stata affermata limitatamente, per quanto qui di interesse, alla condotta consistita nell'atto di cessione di un immobile, perfezionato nel 2003 quando la società cominciava a manifestare uno stato di crisi finanziaria: cessione reputata di natura distrattiva in quanto l'immobile si riteneva oggetto di vendita sottocosto (per un prezzo di 20.883 euro – effettivamente versati nelle casse della società – e così contabilizzato in luogo del valore commerciale effettivo, calcolato dal giudice in 45.832 euro), per di più con modalità fraudolente in quanto l'alienazione era stata effettuata dal ricorrente ai propri suoceri i quali poi lo avevano conferito, a loro volta, in una società (Firilù), costituita nel 2005 ed amministrata dalla moglie del ricorrente stesso.

L'imputato è stato chiamato a rispondere avendo rivestito, dal 1990 al 14 marzo 2005, varie cariche apicali nella compagine della s.r.l. P. Profumerie, fallita l'8 marzo 2006 e specificamente per avere tenuto il

comportamento distrattivo suddetto nella qualità di amministratore unico della società.

Si attesta nella sentenza impugnata che lo stato di insolvenza si era evidenziato già nel 2002 per l'incapacità di far fronte all'indebitamento verso l'erario e verso i fornitori; nel 2003 era avvenuta la detta cessione, e l'effettivo maggior valore del bene era stato desunto dal valore economico attribuitogli in applicazione delle regole contabili comprensive dell'ammortamento, in tal senso iscritto in contabilità.

Deduce

4.1. la violazione di legge (art. 216 l. fall.) e il vizio della motivazione in riferimento al motivo d'appello con cui era stata chiesta la rivalutazione dell'atteggiamento psicologico dell'agente – assolto in primo grado, perché il fatto non sussiste, da analoga imputazione concernente la vendita sottocosto di merci della società –: egli era stato, cioè, ritenuto responsabile di una condotta fraudolenta nonostante che molteplici fossero gli indicatori che avevano indotto i giudici di merito a ritenere che, contestualmente, avesse tenuto un comportamento volto a soddisfare, almeno in parte, i debiti verso fornitori prima della dichiarazione di fallimento.

Lamenta dunque il difetto di motivazione sul fatto che la sua responsabilità non sia stata ritenuta configurabile per fatto "colpevole" e quindi imputabile nel rispetto dell'articolo 27 della Costituzione.

L'imputato non aveva cioè agito per frodare i creditori o per conseguire per sé un ingiusto profitto, com'era dimostrato dal fatto che aveva tenuto una contabilità ineccepibile e si era basato su una perizia giurata, versata in atti, che aveva concluso per il valore dell'immobile poi posto a fondamento dell'atto di compravendita.

Anche la sentenza di primo grado aveva riconosciuto che l'imputato aveva agito nei termini di cui all'imputazione per contrastare la crescente esposizione debitoria della società, il che dava luogo ad un vizio di manifesta illogicità della motivazione della sentenza di appello che, pur prendendo atto che sulla base di

tale presupposto era intervenuta assoluzione da una parte della imputazione, invece aveva confermato la condanna con riferimento al fatto residuo senza spiegare il perché del diverso ragionamento.

Non era stato neppure considerato che il valore successivamente attribuito all'immobile acquistato era aumentato per effetto di ristrutturazioni eseguite a spese dei nuovi proprietari.

In terzo luogo faceva difetto il requisito dell'avere, l'atto distrattivo, creato un maggiore squilibrio fra l'attivo e passivo nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse dei creditori: questi, invece, all'atto dell'insinuazione erano risultati inferiori a quelli registrati in contabilità, essendo stati evidentemente in buona parte soddisfatti.

4.2. Con un secondo motivo la difesa lamenta la violazione dell'articolo 217 l. fall. e dell'articolo 219 stessa legge.

Il bene era stato venduto ad un prezzo corrispondente a quello indicato nella perizia giurata fatta appositamente redigere ed inoltre era stato versato nelle casse della società: il che equivaleva a rendere l'operazione, semmai, soltanto imprudente e non fraudolenta.

L'importo comunque era tale da configurare un danno lieve.

Motivi della decisione

1. Il ricorso è fondato.

Il primo ed assorbente motivo di ricorso sottopone a questa Corte di legittimità – sotto il profilo della erronea applicazione dell'art. 216 l. fall. ed anche denunciando il difetto e la manifesta illogicità della motivazione – i termini coi quali il giudice a quo ha ritenuto integrato l'elemento oggettivo e ha inquadrato giuridicamente l'elemento psicologico del reato di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, ritenendoli riscontrati con riguardo alla specifica fattispecie concreta portata al suo vaglio.

La opzione interpretativa del giudice del merito risulta, all'evidenza, quella della rilevazione, ritenuta esaustiva per la soluzione del processo, della avvenuta vendita sottocosto dell'immobile in una fase di conclamata crisi della vita della azienda, come indicato dal giudice stesso mediante il riferimento all'essere avvenuta, la vendita, nel maggio 2003, qualche mese prima della successiva, non meglio specificata, "messa in liquidazione" della società, che però risulta fallita soltanto tre anni più tardi.

Una vendita, dunque, da reputarsi di natura distrattiva in quanto, rispecchiando la contestazione contenuta nel capo di imputazione, posta in essere secondo i giudici a quibus "al fine di procurarsi un ingiusto profitto e di recare pregiudizio ai creditori" e tale, comunque, da rimanere indifferente al reclamato, esclusivo, intento dell'imputato, di destinare il provento della vendita al soddisfacimento di interessi

societari e segnatamente a contenere la esposizione debitoria della società, elemento qualificato come "irrilevante" nel quadro sopra descritto.

2. Orbene, tali affermazioni non si prestano a superare indenni il sindacato devoluto a questa Corte in quanto risultano apodittiche rispetto alla richiesta di indagine prima e motivazione poi, da parte del ricorrente allora appellante, riguardo essenzialmente alla imputazione soggettiva, a titolo di bancarotta fraudolenta, della vendita del cespite della società ad un prezzo inferiore a quello di mercato: questione, quella della vendita sottocosto, peraltro adeguatamente motivata e perciò non ulteriormente censurabile in questa sede.

Non può infatti omettersi di considerare che il prezzo incassato (circa 21 mila euro) è stato destinato alla gestione della società ed in particolare alla estinzione di debiti societari al pari del ricavato di altre contestuali vendite di beni della medesima (pari al ben maggiore importo di oltre 250 mila euro), repute, solo queste ultime, dai giudici, prive di rilevanza penale nell'ottica dei reati fallimentari, anche alla luce del fatto che tra le vendite in questione e la dichiarazione di fallimento era intercorso un lasso di tempo di oltre tre anni.

Il vizio della motivazione che riconduce a formule terminative del processo differenziate ed opposte nonostante l'apparente analogia delle condotte originariamente contestate nel capo di imputazione, è evidente nella forma della manifesta illogicità.

3. Ma sotto la pur evidente antinomia ingiustificata dei percorsi argomentativi sta un approccio ermeneutico del giudice a quo, rispetto alla struttura della bancarotta pre-fallimentare, che richiede, da parte di questa Corte, un tracciato più netto dei principi di diritto cui conformarsi.

3.1 È indubbio, invero, che di regola integra la condotta distrattiva di cui all'art. 216 comma 1 n. 1 l. fall. la vendita di un bene della società, in una situazione di grave crisi finanziaria della stessa, con modalità tali da comportare un ingiustificato vantaggio economico, anche indiretto, al patrimonio del soggetto del reato proprio o di terzi che egli ha voluto favorire, con corrispondente sbilanciamento a carico del patrimonio della società in crisi: in tal caso infatti si realizza appieno la offesa al bene giuridico del reato in discussione, che è modulata dalla giurisprudenza e dalla più recente dottrina che qui si condivide, attorno all'idea centrale che si tratta di un bene giuridico di tipo patrimoniale.

Come riaffermato anche dalle sez. un. nella sentenza n. 24468 del 2009, ric. Rizzoli, la bancarotta tutela l'integrità del patrimonio nella sua peculiare funzione di garanzia dei creditori, ovvero, secondo la similare prospettiva di sez. 5, n. 32031 del 2014, Daccò, l'offensività del reato è contraddistinta dal pericolo che, ove per qualsiasi ragione si dia luogo ad una procedura concorsuale, l'esito della stessa venga condizionato da atti distrattivi che abbiano comunque ridotto il pa-

trimonio disponibile. Analogamente la Corte costituzionale, nella ordinanza n. 268 del 1989, aveva osservato che anche l'estensione – disposta dall'art. 236, secondo comma «è preordinata alla conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa costituente la garanzia per i creditori della medesima, in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento».

Ne consegue che la fattispecie particolare della configurabilità (salve eventuali emergenze probatorie diverse e ulteriori) di uno stretto rapporto cronologico tra l'atto dispositivo che diminuisce la garanzia dei creditori della futura procedura concorsuale e gli evidenti segnali o indicatori dei presupposti storici di questa (nella forma della crisi di impresa, o in quella della insolvenza o peggio ancora del dissesto) rende particolarmente agevole la ricostruzione della fattispecie normativa con riferimento al caso concreto, poiché è del tutto evidente la natura non solo "pericolosa" ma anche concretamente depauperativa della azione e la rimproverabilità soggettiva del suo autore che, della determinazione del pericolo, non può protestare una imputazione a titolo di responsabilità oggettiva.

3.2 Il problema ermeneutico può nascere, piuttosto, quando quel rapporto cronologico non vi sia (oppure, come nella specie, quando sia affermato in evidente contraddittorietà rispetto ad altre argomentazioni valorizzate in sentenza per giungere alla assoluzione rispetto ad altri comportamenti di natura e tipologia analoghe) e l'atto di cui si assume la natura conforme alla tipologia descritta dall'art. 216 comma 1 n. 1 l. fall. non possa correlarsi oggettivamente e soggettivamente in modo intuitivo ed evidente alla fase di crisi o insolvenza della impresa.

Sono note le innumerevoli e poliformi – spesso collidenti fra loro – critiche levatesi nella dottrina (a parte delle quali il ricorrente sostanzialmente si rifa) per la mancata individuazione, da parte della giurisprudenza, nel silenzio della legge, di criteri certi e idonei a soddisfare il principio di determinatezza della fattispecie ed a garantire la esclusione di addebiti di responsabilità di tipo oggettivo, in contrasto col principio della responsabilità personale di cui all'art. 27 Cost.

3.3 Non è altrettanto immobile la posizione della giurisprudenza al riguardo, pur non potendosi negare scelte ermeneutiche meramente ripetitive sulle categorie generali del reato in esame che possono aver dato una percezione di talune inadeguatezze: e ciò, in particolar modo dopo la pubblicazione della nota sentenza n. 1085 del 1988 della Corte Costituzionale che viene regolarmente evocata nel punto di specifica analisi del parametro costituzionale di cui all'art. 27 comma 1 Cost., laddove ribadisce che quest'ultimo richiede «quale essenziale requisito subiettivo d'imputazione, oltre alla coscienza e volontà dell'azione od omissione, almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l'autore del fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppure no) addebitato...» e «risulta altresì necessaria la

rimproverabilità dello stesso soggettivo collegamento...».

3.4 Se è vero, infatti, che dal precetto penale l'imprenditore dovrebbe poter trarre il principio cui attenersi per evitare la sanzione e soprattutto la comprensione che la norma di comportamento violata era anche quella adeguata ad evitare la compromissione del bene giuridico tutelato, non può farsi a meno di rilevare che negli anni a ridosso della citata sentenza della Corte costituzionale la giurisprudenza di questa Corte presentava numerosi contributi che, per quanto riguarda il reato di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare, fornivano principi utili in tal senso.

Mettevano, cioè, l'accento sul fatto che, per la configurazione del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione occorre accertare che l'imprenditore, con la consapevolezza di aggravare il proprio stato di dissesto, distacchi un bene dal suo patrimonio, sottraendolo alla garanzia dei creditori. La facoltà dell'imprenditore di disporre dei suoi beni prima della dichiarazione di fallimento trova infatti un limite nella destinazione del patrimonio medesimo alla funzionalità dell'impresa ed allo adempimento delle obbligazioni contratte (sez. 5, n. 7178 del 10/05/1983, ric. Calzolari, Rv. 160107; conf. mass. n. 140253; n. 145258).

Analogamente può ricordarsi sez. 5, n. 2674 del 12/12/1979 (dep. 1980), ric. Israelachvili, Rv. 144467, secondo cui per distrazione deve intendersi qualunque fatto diverso dall'occultamento, dissimulazione, distruzione, dissipazione di beni e dalla fraudolenta esposizione di passività inesistenti, mediante il quale l'imprenditore faccia coscientemente uscire dal proprio patrimonio uno o più beni al fine di impedirne l'apprensione da parte degli organi del fallimento.

E, ancora, a ritroso, si rinviene sez. 5, n. 14905 del 25/02/1977, ric. Melone, Rv. 137341 che affermò il principio per cui l'elemento psicologico del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione o per occultamento è il dolo generico, e consiste nella coscienza e volontà di compiere gli atti di distrazione o di occultamento, per i quali, sebbene abbiano la sostanza della frode, non è richiesto il fine specifico di recare pregiudizio ai creditori. Ma poiché distrazioni e occultamenti possono verificarsi in momenti diversi ed anche remoti della vita dell'impresa, ai fini del delitto di bancarotta fraudolenta assumono rilevanza i fatti posti in essere in previsione dell'insolvenza e della probabile dichiarazione di fallimento, perché soltanto in relazione a tali fatti può sussistere la consapevolezza di sottrarre beni alla esecuzione concorsuale.

3.5 Non può tuttavia negarsi che tale netta tendenza giurisprudenziale ha registrato una certa correzione di rotta nella individuazione dei requisiti fondanti, in epoche più recenti, se si considerano le non poche pronunce che hanno spostato l'accento sul fatto che nel reato in esame i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono

rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza (sez. 5, n. 39546 del 2008, ric. Bonaldo, non massimata): un principio richiamato, a fini decisori, anche nella motivazione della sentenza delle sez. un., n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, peraltro incentrata su una diversa questione giuridica.

In precedenza, nello stesso senso, tra le molte, sez. 5, n. 9430 del 17/05/1996 Rv. 205920, ric. Gennari, era stata così massimata: «l'elemento soggettivo della bancarotta fraudolenta, è costituito dal dolo generico e, quindi, dalla coscienza e volontà dell'azione, compiuta con la consapevolezza, insita nel concetto stesso di distrazione, del depauperamento o della possibilità del depauperamento della società in danno dei creditori. Sul dolo non ha incidenza, quindi, né la finalità perseguita in via contingente dal soggetto, che è fuori della struttura del reato, né il recupero o la possibilità di recupero del bene distaccato, attraverso specifiche azioni esperibili, in quanto la norma incriminatrice punisce, in analogia alla disciplina dei reati che offendono comunque il patrimonio, il fatto della sottrazione, nel quale si traduce, con corrispondente danno, ontologicamente, ogni ipotesi di distrazione. La sottrazione si perfeziona al momento del distacco dei beni dal patrimonio della società, anche se il reato viene ad esistenza giuridica con la dichiarazione di fallimento, e prescinde dalla validità, opponibilità e dagli effetti civili del trasferimento e dalle eventuali azioni esperibili per l'acquisizione del bene. Il recupero del bene, reale o soltanto potenziale, è un "posterius" che non ha incidenza giuridica sulla fattispecie ormai perfetta ed è equiparabile alla restituzione della refurtiva operata dalla polizia».

Proprio tale ultima ricostruzione della fattispecie astratta, tuttavia, a ben vedere si ancora al "concetto stesso di distrazione" e di "possibilità del depauperamento della società in danno dei creditori" come capaci ed anche necessari ad integrare oggettivamente e soggettivamente il reato, sicché non può negarsi che in essa sia presente l'attenzione dell'interprete alla qualità, natura ed oggetto del distacco che deve pur sempre rappresentare una sottrazione, un permanente segno "meno" nel patrimonio inteso come garanzia per la massa dei creditori, quali risulteranno titolati per la procedura concorsuale.

In altri termini va rilevato che la pur corretta osservazione della sentenza da ultimo citata, secondo cui il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare (art. 216 comma 1 n. 1) è connotata dal dolo generico e cioè dalla consapevolezza e volontà di compiere uno o più degli atti descritti dal precetto, ha portato tale filone ermeneutico su una posizione che schiaccia in termini assertivi la prospettiva della ricerca della prova sul punto genetico del distacco, a prescindere dalla ricerca e dall'approfondimento della

qualità del distacco stesso e dalla valutazione dell'ulteriore requisito che per legge gli compete, ossia quello della concreta idoneità a porre in pericolo la garanzia che la massa dei creditori, al momento del fallimento, sarà in grado di escutere.

4.1 Osserva, per contro, in motivazione sez. 5, n. 16388 del 2011, ric. Barbato, che «l'offesa provocata dal reato non può ridursi al mero impoverimento dell'asse patrimoniale dell'impresa, ma si restringe alla diminuzione della consistenza patrimoniale idonea a danneggiare le aspettative dei creditori. Questi ultimi, quali persone offese, sono – invero – l'indispensabile referente per lo scrutinio in discorso. In sostanza, è integrativa del reato non già la sottrazione di ricchezza che costituisce l'offesa del reato, ma soltanto quella che reca danno alle pretese dei creditori».

Non può essere infatti ignorato, dalla analisi che l'interprete deve compiere, che lontano dalla fase di crisi o di insolvenza, e in specie quando la impresa o la società sono in bonis, l'imprenditore può dare dinamicamente a singoli propri beni delle destinazioni che non necessariamente collidono ed anzi possono coesistere col principio di responsabilità di cui all'art. 2740 c.c., essendo egli semmai tenuto alla conservazione del valore del patrimonio nel suo complesso.

Egli è anzi abilitato a fare spese personali o per la famiglia la cui entità non deve essere neppure assiomaticamente minima se la condizione economica glielo consente (arg. ex art. 217 comma 1 n. 1 l. fall.); non è perseguibile neppure a titolo di bancarotta semplice se, ancora quando le sue condizioni sono favorevoli, impiega una parte contenuta del suo patrimonio in operazioni imprudenti; né il singolo suo creditore potrebbe attivare i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (artt. 2900 e 2901 c.c.) se non ricorresse, quale effetto del suo comportamento quale debitore, una lesione al patrimonio capace di mettere in dubbio la realizzazione coattiva del credito.

4.2 A ciò va aggiunto che l'affermazione per cui ogni distacco ingiustificato dal patrimonio della impresa o società integra – indistintamente e in sé – l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 216 l. fall. e solo per una regola prudenziale se ne rimanda la punizione al momento del fallimento dichiarato, non tiene in conto i principi affermati in tema di c.d. "bancarotta riparata" da una ampia e coesa giurisprudenza, la quale non ha difficoltà a negare che resti integrato il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel caso in cui la somma sottratta dalle casse sociali, riportata da relativa annotazione contabile, sia incontrovertibilmente riversata nella sua integralità – dai soci che l'avevano prelevata – nelle casse della società prima della dichiarazione di fallimento; infatti – prosegue – ancorché il delitto di bancarotta abbia natura di reato di pericolo, per l'individuazione del relativo momento consumativo deve aversi riguardo alla dichiarazione giudiziale di fallimento e non già all'atto antidoveroso, con la

conseguenza che la valutazione del pregiudizio ai creditori deve essere valutata al momento di tale dichiarazione e non a quello della storica commissione della condotta (sez. 5, n. 7212 del 26/01/2006, ric. Arcari, Rv. 233604; conf. N. 3622 del 2007, ric. Morra, Rv. 236051; sez. 5, n. 39043 del 21/09/2007, Spitoni, Rv. 238212; sez. 5, n. 8402 del 03/02/2011, ric. Cannavale, Rv. 249721; sez. 5, n. 28514 del 23/04/2013, Grazioli Gauthier, Rv. 255576; sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347; sez. 5, n. 4790 del 20/10/2015 (dep. 2016), ric. Budola, Rv. 266025).

La casistica sottostante a tali pronunce rende evidente, come sottolineato da autorevole dottrina, che la bancarotta riparata è il sintomo che la offensività della condotta è limitata ai fatti che creano un pericolo concreto e dunque attiene non alla punibilità ma alla oggettività. Essa inoltre aiuta a comprendere praticamente come la stessa giurisprudenza abbia finito per riconoscere che diminuzioni delle risorse societarie, nelle forme ad esempio del prelevamento dalla cassa di importi anche rilevanti – ma regolarmente contabilizzato –, di finanziamenti a terzi o a socio, cui faccia seguito, prima della dichiarazione di fallimento, un atto patrimoniale di segno contrario, restitutorio o anche compensativo, capace di annullare integralmente la lesione al patrimonio, non integrano il reato di bancarotta.

Tale giurisprudenza, che pure rimane condivisibilmente ancorata alla configurazione della bancarotta pre-fallimentare come reato di pericolo, giunge, attraverso la constatazione che il pregiudizio ai creditori deve sussistere al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento – che infatti è anche il momento consumativo della fattispecie –, al rilievo che il detto pericolo va valutato “in concreto”, quando cioè possa affermarsi che la diminuzione della consistenza patrimoniale comporta uno squilibrio tra attività e passività.

4.3 Una esigenza già avvertita specificamente dalla più recente giurisprudenza di questa Corte che ha segnalato come, sebbene ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non sia necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, la necessità, invece, dell'aver cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività rende la bancarotta fraudolenta patrimoniale un reato di “pericolo concreto”, dove la concretezza del pericolo assume una sua dimensione effettiva soltanto nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento (sez. 5, n. 47616 del 17/07/2014, Simone, Rv. 261683).

5.1 Ciò che non significa confondere l'“esposizione a pericolo” – sufficiente per la integrazione del reato – con “il danno” alla massa dei creditori – requisito non richiesto dalla norma come essenziale, anche perché, viceversa, la assenza di danno non è essa stessa prova

di mancata esposizione a pericolo, potendo viceversa derivare dalla complessiva attività di recupero posta in essere, dopo il fallimento, dal curatore, con individuazione di assi patrimoniali capaci di neutralizzare le esposizioni passive.

Il punto è, semmai, che reputare sufficiente – in sede di interpretazione ed applicazione della fattispecie – la constatazione in sé dell'atto distrattivo equivale ad aderire ad una ricostruzione di quella in termini di “pericolo presunto” e cioè come ipotesi criminosa che si affida ad una catena di presunzioni proprio sulla rimproverabilità della esposizione a pericolo del patrimonio, destinata a divenire reato fallimentare, però, solo con la successiva declaratoria giudiziale: con il *ché* può rendersi plausibile, in taluni casi – come quelli appena richiamati – il sospetto di addebito di responsabilità oggettiva.

5.2 Il pericolo previsto dalla bancarotta pre-fallimentare – che è anche l'evento giuridico del reato come ribadito da sez. un., n. 21039 del 2011, Loy – non può che essere correlato alla idoneità dell'atto di depauperamento a creare un *vulnus* alla integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura di procedura concorsuale – non dunque come singoli, ma come categoria –, con una analisi che deve riguardare in primo luogo l'elemento oggettivo, per investire poi in modo omogeneo l'elemento soggettivo e che certamente deve poggiare su criteri *ex ante*, in relazione alle caratteristiche complessive dell'atto stesso e della situazione finanziaria della società, laddove l'“anteriorità” di regola è tale relativamente al momento della azione tipica, senza però che sia esclusa dalla valutazione la permanenza o meno della stessa situazione, fino all'epoca che precede l'atto di apertura della procedura e senza, comunque, che possano acquisire rilevanza, nella prospettiva che qui interessa, fattori non imputabili come un tracollo economico.

In tal senso può trovare spazio anche il principio, espresso da sez. 5, n. 44933 del 26/09/2011, Pisani, Rv. 251214 secondo cui il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo e non è pertanto decisivo che al momento della consumazione l'agente non avesse consapevolezza dello stato d'insolvenza dell'impresa per non essersi lo stesso ancora manifestato; quando, si aggiunge qui, oggetto di consapevolezza fosse tuttavia, in relazione alla concreta situazione della società, l'incidenza dell'atto distrattivo sulle prospettive di soddisfacimento concorsuale dei creditori.

5.3 Ed è utile, in una prospettiva complementare riguardo al requisito della concretezza del pericolo da provare, ricordare anche la giurisprudenza sul reato di bancarotta relativa alla contestazione di distrazione di beni acquisiti in *leasing*. Anche in questo caso questa Corte (sez. 5, n. 3612 del 06/11/2006 (dep. 2007), ric. Tralici, Rv. 236043) ha ritenuto decisivo l'accertamento sulla concretezza del pericolo cagionato e cioè

sul se la distrazione di beni in *leasing* avesse determinato un effettivo nocumento nei confronti dei creditori, nocumento escluso quando ad esempio elevati sarebbero stati i debiti a carico della curatela per il mancato pagamento del canone di *leasing* da parte dell'imprenditore (conformi sez. 5, n. 30492 del 23/04/2003, ric. Lazzarini, Rv. 22770; sez. 5, n. 9427 del 03/11/2011 (dep. 2012), Cannarozzo, Rv. 251996).

6. Quello fin qui illustrato è un principio che si affianca a quello – condiviso dalla giurisprudenza di legittimità nella sua assoluta maggioranza – della erroneità di una ricostruzione della fattispecie in esame come reato in cui il fallimento o il dissesto giochino il ruolo di evento del reato, rispetto al quale, dunque, cercare la prova del nesso di causalità (o di concausalità o di esclusione della causalità per causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento) e della copertura dell'elemento psicologico, in termini di previsione e volontà: una ricostruzione che non rispecchierebbe il paradigma del reato – concepito dal legislatore del 1942, ma passato indenne attraverso successivi interventi sulla materia –, e che nella sua minoritaria espressione giurisprudenziale (sez. 5, n. 47502 del 24/09/2012, Corvetta, Rv. 253493) è comunque indice della insofferenza talora generata dagli indirizzi più chiusi a talune pur consistenti sollecitazioni dottrinarie, dovendosi anche tenere conto della sempre maggiore sensibilizzazione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nella direzione dell'abbandono di forme di responsabilità oggettiva, non aborrite dalla legislazione del tempo in cui è stato generato il reato.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni, non sembra condivisibile una ricostruzione della struttura del reato di bancarotta pre-fallimentare e in particolare del suo elemento soggettivo in termini di rappresentazione, in capo all'agente, della futura dichiarazione di fallimento, rappresentazione fondata sull'attualità del dissesto e, ancor prima, sulla prefigurazione che la sua condotta distrattiva cagionerà verosimilmente il dissesto (sez. F, n. 41665 del 10/09/2013, Gessi, Rv. 257231), dovendosi – tra l'altro, sul piano letterale – sottolineare che la dichiarazione di fallimento – espressamente richiamata dall'art. 216 l. fall. – riporta (*ex art. 5 l. fall.*) al presupposto stato di "insolvenza" il quale a sua volta è stato configurato dal legislatore come quello che si manifesta con inadempimenti o altri fatti che dimostrino la incapacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni contratte. Una crisi che sovente è di natura anche solo finanziaria, laddove la nozione di dissesto (che pure compare in altri precetti come gli artt. 217, 223 e 224 l. fall.) evoca quella di crisi qualificata e caratterizzata dal fatto che il prevalere del passivo sull'attivo è frutto di uno sbilanciamento che, per la sua entità, appare irreversibile in ragione del detto stato di insolvenza.

7. È un principio, quello che qui si intende sostenere, che vuole dare atto, in primo luogo, del valore

fortemente indiziante – ai fini della configurazione delle componenti oggettiva e soggettiva della fattispecie – dell'aver agito, l'agente, nella "zona di rischio penale" (vedi, in senso analogo, sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879), che è quella che in dottrina viene comunemente individuata come prossimità dello stato di insolvenza, quando l'apprezzamento di uno stato di crisi, normalmente conosciuto dall'agente imprenditore o figura equiparata, è destinato a orientare la "lettura" di ogni sua iniziativa di distacco dei beni - fatte salve quelle inquadrabili nelle altre ipotesi di reato pure previste dalla legge del 1942 – nel senso della idoneità a creare un pericolo per l'interesse dei creditori sociali. Una condizione, però, solo eventuale o possibile, e ciò con una certa differenza rispetto a quanto previsto già ora da una parte della giurisprudenza (non senza contrasti), con riferimento alla posizione del concorrente *extraneus*, in relazione al quale si è sostenuto essere – invece – necessario non porre in dubbio la conoscenza dello stato di decozione dell'impresa da cui il denaro proviene (sez. 5, n. 41333 del 27/10/2006, Tisi, Rv. 235766; sez. 5, n. 16000 del 2012, ric. Scalera, non massimata sul punto; sez. 5, n. 16388 del 2011, ric. Barbato, non massimata sul punto; sez. 5, n. 27367 del 26/04/2011, Rosace, Rv. 250409; *contra* sez. 5, n. 12414 del 26/01/2016, Morosi, Rv. 267059; sez. 5, n. 9299 del 13/01/2009, Poggi Longostrevi, Rv. 243162; sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879)

Quanto detto non esclude, tuttavia, che il reato proprio possa rimanere integrato da comportamenti anche antecedenti a tale fase della vita della azienda, a condizione però che questi presentino caratteristiche obiettive (si pensi alla operazione fittizia, alla distruzione o alla dissipazione) che, di regola, non richiedono particolari e ulteriori accertamenti per provare la esposizione a pericolo del patrimonio e che risultino e permangano, come le seguenti, congruenti rispetto all'evento giuridico (esposizione a pericolo degli interessi della massa) che poi si addebita all'agente.

Per le residue tipologie di bancarotta, ossia essenzialmente gli atti di spesa non orientati su obiettivi correlati all'oggetto della impresa e cronologicamente distaccati, in modo significativo, dall'epilogo della vita della stessa, il compito dell'interprete, volto sempre a dimostrare la idoneità lesiva di simili comportamenti rispetto agli interessi dei creditori della procedura concorsuale, si fa proporzionalmente più oneroso perché, pur senza mai cadere nella necessità di provare la previsione, da parte dell'imprenditore (o equiparato) del fallimento o del dissesto, deve tenere conto della eventuale presenza di tutti gli elementi sopra descritti, quali emergano dalle indagini o siano allegati in modo serio dall'indagato. E sotto tale prospettiva appare possibile valorizzare quanto osservato in recenti sentenze di legittimità che, nella parte in cui hanno sottolineato che la presenza, nella norma,

dell'elemento rappresentato dalla dichiarazione di fallimento – momento consumativo – serve ad “attualizzare” la lesività correlata al comportamento (v. sez. 5, n. 32031 del 2014, Daccò), di fatto possono servire come indicatore della necessità di una valutazione non statica ma dinamica della azione dell'imprenditore, da leggersi (v. sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, (dep. 2015), Geronzi Rv. 263805), non nel senso di una progressione della offesa, ma come prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta.

8. Una ricostruzione ermeneutica, quella fin qui prospettata, che rende evidente come, quale che sia la collocazione della dichiarazione di fallimento all'interno della fattispecie – anche ove si candidasse quest'ultima a ricoprire il ruolo di condizione per la sola punibilità, come fortemente sollecitato dalla dottrina alla quale da ultimo la giurisprudenza di questa Corte ha mostrato apertura (sez. 5, n. 13910 del 2017, Santoro) –, non ne risulta comunque esclusa l'esigenza di una indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori, come da tempo pone in luce una parte non minoritaria della dottrina. Sicché la qualificazione della dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva estrinseca di punibilità, che non ha qui immediata rilevanza in quanto estranea ai motivi dell'odierno ricorso, ne risulta nondimeno criticamente disattesa, in quanto assunta a premessa per negare rilevanza all'indagine sulle implicazioni soggettive della qualificazione della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare come reato di pericolo concreto.

Anche nella Relazione alla legge del 1942, del resto, si affermava che l'aver posto le condotte dell'art. 216 l. fall. in relazione con il fallimento, tale da rappresentarne la natura di antecedente logico e storico dovrebbe “vietare di temere che la distrazione possa essere punita quando ai creditori non abbia prodotto alcun danno”.

9. In conclusione, dati i principi sopra esposti, non risulta che il giudice a quo ne abbia fatto corretta applicazione.

È stata giudicata distrattiva la vendita di un immobile della società, per un valore dimezzato rispetto a quello assunto in contabilità e così considerato di mercato, in favore di familiari stretti dello stesso imprenditore.

La analisi, che pur prende le mosse da circostanze indizianti circa la natura fraudolenta del distacco del bene con le descritte modalità, tuttavia è reticente – per le ricadute sulla ricostruzione dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato – rispetto ad un altro dato storico-giuridico presente nel resoconto del giudice: e cioè che, tenuto conto dell'epoca della vendita (tre anni prima della dichiarazione di fallimento), altro analogo comportamento dello stesso imputato (la vendita sottocosto di merci aventi un valore assai

maggiore di quello dell'immobile), coevo al precedente, parimenti contestato dalla accusa, è stato ritenuto privo di rilievo penale avendo portato alla assoluzione per insussistenza del fatto.

Il primo giudice cioè, nel riconoscere la vendita sottocosto, aveva tuttavia escluso la natura fraudolenta di quella iniziativa in quanto determinata dalla necessità di reperire liquidità per soddisfare almeno in parte i debiti verso i fornitori, senza che fosse minimamente adombrato neppure il carattere preferenziale di quei pagamenti.

Con riferimento all'immobile, invece, tale prospettiva viene negata, assegnandosi rilievo predominante al dato del beneficio che da tale favorevole alienazione avrebbero tratto i familiari del ricorrente, non imputati, senza alcuna considerazione circa la prevedibilità di una procedura concorsuale sopravvenuta solo tre anni dopo.

Si tratta di un ragionamento incompleto e quindi affetto dal denunciato vizio della motivazione posto che l'analisi del giudice valorizza dati parziali e per questo giunge ad una soluzione inappagante.

La vendita sottocosto di un cespite conferito nel capitale sociale, con acquisizione di liquidità per la società e contestuale vantaggio (anche solo indiretto) dell'amministratore di questa, integra probabilmente gli estremi dell'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.). Ma non per questo può essere ricondotto anche a una fattispecie di bancarotta.

Perché una tale condotta possa qualificarsi come ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria a norma dell'art. 223 comma 2 n. 1) l. fall., sarebbe necessario che avesse cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società; perché possa qualificarsi come ipotesi di bancarotta prefallimentare per distrazione a norma dell'art. 216 n. 1) l. fall., sarebbe necessario che il fallimento sopravvenuto tre anni dopo fosse almeno prevedibile al momento del fatto.

Si è infatti già rilevato nella giurisprudenza di questa Corte come sia possibile una condotta di infedeltà patrimoniale che non integri bancarotta per distrazione (sez. 5, n. 6140 del 16 gennaio 2007, Rv. 236054), posto che si tratta di reati in rapporto di specialità reciproca e preordinati alla tutela di interessi diversi, l'uno i creditori sociali (art. 216 l. fall.), l'altro il patrimonio sociale (art. 2634 cod. civ.).

Escluso che sia qui in discussione la bancarotta impropria, non contestata, la condotta di infedeltà patrimoniale (che sembra essere sullo sfondo della diversificata decisione assunta dal giudice a quo in relazione a due analoghe condotte di vendita sottocosto) va dunque necessariamente analizzata con riferimento al contesto cronologico e storico e alle implicazioni soggettive dell'agente, posto che la affermazione della ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale si giustifica, dato il rapporto di specialità specifica tra fattispecie, solo se l'ingiustificato distacco di una parte del

valore del bene, frutto dell'atto infedele dell'amministratore, sia anche espressione, per la prossimità allo stato di insolvenza o per altra evidente causa, di una consapevole e concreta esposizione a pericolo degli interessi dei creditori.

L'analisi del giudice del rinvio deve dunque essere ricondotta – in coerenza con quella già effettuata dal giudice di primo grado, non criticata ed anzi richiamata in sentenza – all'inquadramento della iniziativa nel contesto delle condizioni economiche della società, al fine di accertare se, tenuto conto della lontananza della dichiarazione di fallimento, e dovendosi anche verificare con maggiore precisione le scansioni temporali oggettive dello stato di crisi e di insolvenza, solo genericamente enunciato, anche la vendita sottocosto dell'immobile, come quella delle merci, rilevasse come determinazione del rischio di sottrarre il maggior valore del bene a una possibile futura procedura concorsuale, con la conseguenza che ne risultasse lesa l'interesse procedimentale della massa, a fianco a quello – soddisfatto – dei singoli creditori.

(omissis)

Nota redazionale

Dopo un lungo periodo di oscillazioni e opacità della giurisprudenza di legittimità – sottoposte a meritata critica da parte della dottrina –, sul tema della configurazione dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare, la sentenza Palitta compie il tentativo di rimarcare il perimetro di estensione e operatività della fattispecie, utilizzando tutti i segnali utili e rilevanti rintracciati nelle più significative sentenze redatte sul tema e ponendoli nell'ordine che è apparso il solo costituzionalmente conforme. Si tratta – è bene sottolineare questo punto – di un tentativo che si colloca, appunto, nel più ampio panorama della giurisprudenza della Cassazione, volto coralmente ad una elaborazione evolutiva della materia, soprattutto per effetto della spinta data dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1085 del 1988 che ha perentoriamente richiamato l'attenzione del giudice sulla portata dell'art. 27, comma 1, Cost. e sulla necessità che tutti i dati significativi della fattispecie siano collegabili soggettivamente all'autore del reato: con quel che un simile stimolo comporta in punto di indagine sul rapporto psicologico fra l'imprenditore e il senso del distacco del bene che esso provoca in danno delle aspettative dei creditori in caso di fallimento. Tuttavia, tale condivisa analisi è parsa meritare una peculiare accentuazione a seguito della pubblicazione di due recenti sentenze di legittimità che sembrano porsi in controtendenza e per questo sono state ricomprese nella trama ricostruttiva della giurisprudenza richiamata dalla sentenza Palitta, chiarendone però i rapporti di compatibilità/incompatibilità. In breve, la sentenza Palitta, nel rimarcare i

punti fondamentali della analisi del reato in questione (reato di pericolo; bene giuridico tutelato: la esposizione, appunto a pericolo, dell'interesse dei creditori alla integrità del patrimonio societario o dell'imprenditore su cui rivalersi; configurabilità dell'evento come evento giuridico e non come evento naturalistico dato dalla sentenza di fallimento) cerca di fare uscire dal cono d'ombra in cui era finito, il tema della necessaria indagine sulla idoneità "in concreto" dell'atto depauperativo a costituire il suddetto pericolo per la massa dei creditori nella procedura concorsuale e, altresì, sulla consapevolezza e volontà dell'autore del reato rispetto all'elemento oggettivo come ora ripermato. Il principio di diritto così enunciato nella sentenza in commento risulta tutto incentrato sulla necessità di ricercare se vi sia stato "pericolo concreto" per gli interessi dei creditori, eventualmente tenendo conto anche, ad esempio, di peculiari comportamenti successivi di tipo riparatorio, comunque antecedenti alla dichiarazione di fallimento (o equiparate): una necessità che conduce l'attenzione del giudice su un periodo di vita della impresa che può essere ben più ampio di quello in cui si è verificato l'atto di spesa ingiustificata o comunque di distrazione, per fargli comprendere se e in quali limiti il comportamento oggettivo rilevato sia rimproverabile alla stregua dell'art. 216 (e 223 comma 1) l. fall. È dunque evidente che, rispetto ad una simile prospettiva, l'enunciato della massima della recente sentenza delle sez. un. Passarelli, Rv. 266804, citata criticamente nella sentenza qui in commento, (enunciato invero riportato soltanto fra parentesi, a titolo di spiegazione, e senza che la questione fosse oggetto specifico dell'intervento richiesto dal remittente), secondo cui «i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza» rappresenta solo una parte dell'indagine conoscitiva della fattispecie e in tal senso è stato "classificato" nella sentenza Palitta. Nella stessa prospettiva, la sentenza in esame pone un principio che si pone come punto di vista alternativo rispetto a quello privilegiato nella coeva sentenza della Cassazione n. 13910 dell'8 febbraio 2017, ric. Santoro, con la quale è stato affermato, con un capovolgimento epocale della giurisprudenza sul punto, che la dichiarazione di fallimento, nell'ambito della struttura del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare, ha funzione di mera condizione oggettiva di punibilità. Ed invero, a tale affermazione di principio la Cassazione è pervenuta per dare risposta (negativa) al motivo di ricorso con il quale si denunciava la carenza di motivazione in punto di elemento psicologico del reato, avendo lamentato il ricorrente – imprenditore individuale – che non fosse argomentata la ragione della ritenuta propria consapevolezza, al momento

delle condotte che avevano diminuito il patrimonio, della successiva situazione di insolvenza.

In altri termini, la Corte della sentenza Santoro, che pure non tralascia di effettuare un tracciato della giurisprudenza in tema di possibilità di “riparazione” della offesa prima del fallimento, ha ritenuto, ciononostante, di dovere poi indicare la essenza della propria analisi nella osservazione che «l’offesa agli interessi patrimoniali dei creditori si realizza già con l’atto depauperativo dell’imprenditore», per far discendere da questa condivisibile ma parziale constatazione, che tutto ciò che, anche consapevolmente e volontariamente l’imprenditore fa nella residua vita della impresa, di fatto non entra più nel fuoco della indagine del giudice. È in questa ottica che la sentenza Santoro colloca il principio per cui la dichiarazione di fallimento, in quanto evento estraneo all’offesa tipica e alla sfera di volizione dell’agente, rappresenta una condizione estrinseca di punibilità. Ed è per questo evidente cortocircuito che l’operazione di ricostruzione compiuta in essa non appare strategicamente accettabile, laddove è servente, in concreto, ad un percorso ermeneutico volto a rendere asfittica l’indagine sulla consapevolezza dell’imprenditore che compie il distacco del bene, assolutamente invece necessaria quando le connotazioni temporali di tale evento non lo riportino in modo chiaro e univoco alla consapevolezza della esposizione a pericolo per la massa dei creditori.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Giudizio abbreviato: fase di appello. Divieto di *reformatio in peius* senza rinnovazione della prova dichiarativa

abstract

The United Sections have been called upon to interpret an interpretative contrast that they had in part already had occasion to clarify in a recent decision to united Dasgupta sections.

On this point, it was necessary to decide whether the principle of legality imposed by the Dasgupta judgment should also be extended to the shortened conditional judgment where the statement of evidence was not collected in the oral, immediate and contradictory part of the parties but only evaluated ex- actis by the court of first instance who pronounced absolution.

The solution adopted was to hold the Judge of the Appeal also in the proceedings with a non-conditional shortened procedure, the obligation to dispose of the renewal of the deliberative trial to revive the declaratory source otherwise appreciated by the First Instance Judge.

keywords

Shortened judgment – Appeal – Renewal debate.

abstract

Le Sezioni unite, sono state chiamate a dirimere un contrasto interpretativo che avevano in parte già avuto occasione di chiarire in una recente decisione a Sezioni unite Dasgupta.

Sul punto bisognava decidere se il principio di diritto statuito dalla sentenza Dasgupta debba estendersi anche al giudizio abbreviato non condizionato ove la prova dichiarativa non è stata raccolta in forma orale, immediata e nel contraddittorio delle parti, ma solo valutata ex actis dal giudice di primo grado che ha pronunciato l'assoluzione.

La soluzione adottata è stata quella di ritenere sussistente in capo al Giudice dell'appello anche nel procedimento con rito abbreviato non condizionato, l'obbligo di disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per escutere nuovamente la fonte dichiarativa apprezzata diversamente dal Giudice di primo grado.

parole chiave

Giudizio abbreviato – Appello – Rinnovazione dibattimento.

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza 19 gennaio 2017, (dep. 24 gennaio 2017), n. 18620

Giudizio abbreviato – Divieto di *reformatio in peius* – Rinnovazione della prova dichiarativa – Necessità

È affetta da vizio di motivazione ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio, di cui all'art. 533 c.p.p., comma 1, la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni.

* * *

La questione di diritto rimessa alle Sezioni unite può essere così enunciata: «Se, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice di appello che riforma la sentenza impugnata debba avere precedentemente assunto l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni».

Il contrasto interpretativo si incentra sulla questione dell'applicabilità, anche al procedimento con rito abbreviato non condizionato, dell'obbligo del giudice di appello – che ritenga di dover optare per un diverso apprezzamento della prova orale, stimata inattendibile dal primo giudice – di disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per escutere nuovamente la fonte dichiarativa.

Secondo il primo indirizzo espresso dalle recenti Sezioni unite Dasgupta la previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, implica che il giudice di appello, investito dell'impugnazione del pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, anche se emessa all'esito del giudizio abbreviato, con cui si adduca una erronea valutazione delle prove dichiarative, non potrebbe riformare la sentenza impugnata, affermando la responsabilità penale dell'imputato, senza aver proceduto, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p., a rinnovare l'istruttoria dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

Il secondo contrapposto orientamento, condiviso dal Collegio rimettente, già affermatosi prima della pronuncia delle Sezioni unite Dasgupta e convalidato in data successiva da altre sentenze, statuivano che nel rito abbreviato non condizionato, il giudice di appello, che sulla base di un diverso apprezzamento degli apporti dichiarativi assunti in sede di indagini intenda riformare l'assoluzione pronunciata in primo grado, non è obbligato a rinnovare l'istruttoria mediante l'esame dei dichiaranti, fermo restando il dovere di fornire una motivazione “rafforzata” e fatta comunque salva la scelta di incrementare il compendio probatorio con l'audizione dei dichiaranti, qualora lo reputi necessario per superare, nel caso concreto, ogni ragionevole dubbio.¹

¹ Alla inequivoca presa di posizione delle Sezioni unite Dasgupta si oppone altro orientamento, sia precedente v. sez. 2, 23 maggio 2014, n. 33690, De Silva, Rv. 260147; sez. 2, 12 giugno 2014, n. 40254, Avallone, Rv. 260442; sez. 2, 15 luglio 2014, n. 32655, Zanoni, Rv. 261851; sez. 3, 24 febbraio 2015, n. 11658, P, Rv. 262985; sez. 3, 23 giugno 2015, n. 38786, U., Rv. 264793, sia successivo sez. 3, 12 luglio 2016, n. 43242, C., Rv. 267626, che

L'orientamento da ultimo citato n. 43242/16 della III sezione penale, essendo maturato dopo la pubblicazione delle sez.un. Dasgupta, tenta un “*overturning*” ritenendo, in sintesi, irragionevole:

- 1) obbligare il giudice d'appello a ricondurre nei canoni propri di un giudizio dibattimentale il rito abbreviato speciale in questione;
- 2) obbligare il giudice d'appello ad un contatto diretto con la fonte della prova dichiarativa che il giudice di primo grado non ha avuto, e non ha avuto per espressa scelta – supportata da un corrispettivo sul piano sanzionatorio – dello stesso imputato.

Le Sezioni unite Dasgupta, nell'*obiter dictum* in cui accennano anche al rito abbreviato – secondo i Giudici della terza sezione – tentano di superare questa indubbia dicotomia dei modelli accertatori (da un lato, giudizio ordinario, governato dalla oralità e del contraddittorio; dall'altro, giudizio negoziale, di fondamento cartolare) attraverso il canone “*generalissimo*” del necessario superamento del cd. “principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio”. L'argomento, pur assai suggestivo, secondo i Giudici della decisione 43242/16, proverebbe troppo in quanto se venisse in gioco nella suddetta dicotomia il principio di cui all'art. 533 c.p.p., comma 1, nel senso che soltanto tramite una diretta percezione della prova dichiarativa, con correlato esercizio del diritto al contraddittorio da parte dell'imputato, il giudice può portare la sua cognizione “al di là di ogni ragionevole dubbio”, dato che – ovviamente – quest'ultimo principio funge da ipostasi nel codice di rito della presunzione di non colpevolezza presente nella Carta costituzionale, la conseguenza sarebbe porre in discussione la legittimità costituzionale dei cosiddetti riti alternativi, che da ciò prescindono, anzi ciò invertono, cartolarizzando, per così dire, l'accertamento, e dunque vincendo per via cartolare la presunzione di non colpevolezza quando il giudizio sfocia in condanna.

Invero, il giudice d'appello – osservano proprio le Sezioni unite Dasgupta, “ripete tutti i poteri decisori” del primo giudice (nel senso che li deve ripetere se non conferma la sentenza di assoluzione): se si intende includere in essi l'acquisizione rinnovata della prova dichiarativa secondo il canone dell'oralità, logicamente si dovrebbe ritenere, essendo una ripetizione, che sia necessario acquisirla oralmente anche in primo grado.

Concludono i Giudici della sentenza n. 43242/16, se per condannare in rito abbreviato occorresse l'acquisizione orale della prova, ciò verrebbe a essere necessario anche in primo grado, tranne nell'ipotesi in cui la sentenza sia assolutoria, demolendo così la struttura del rito pur mantenendone una conseguenza in termini sanzionatori che più non avrebbe logica premiale (con agevoli echi di irragionevolezza/dis-

afferma, invece, che il giudice di appello, qualora il primo grado si sia svolto con rito abbreviato non condizionato, non è tenuto alla rinnovazione dell'istruzione.

guaglianza del diniego di tale sconto sanzionatorio nel rito ordinario).

Per i giudici della III sezione, quindi, quel che connota il rito in questione è, proprio la rinuncia all'oralità²: e la negoziazione della verità giuridica come esercizio di un potere dispositivo sulle modalità per pervenirvi non è riconducibile a una criticità costituzionale, costituendo, al contrario, come si evince dalla giurisprudenza della Consulta, l'attuazione di un diritto costituzionale dell'imputato, ovvero il diritto di difesa.

Ne deriva – per l'orientamento in esame espresso dalla III sezione che, alla luce anche degli interventi più recenti della Corte Costituzionale, l'accertamento cartolare non è incompatibile con il superamento del principio del ragionevole dubbio, ovvero che una condanna che non si è nutrita dell'oralità nell'acquisizione della sua base probatoria non confligge con la presunzione di non colpevolezza dell'art. 27 Cost., comma 2, bensì correttamente l'affronta e la supera. Pur a fronte delle autorevoli argomentazioni utilizzate dalla decisione dei Giudici della III sezione sentenza n. 43242/16 le Sezioni unite confermano l'orientamento già espresso con la sentenza Dasgupta, che ha esteso anche al giudizio abbreviato la regola in base alla quale, se il pubblico ministero propone appello verso una sentenza di proscioglimento per motivi relativi alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice di appello deve disporre la rinnovazione dell'esame dei dichiaranti.

Secondo i Supremi Giudici, la sentenza Dasgupta rappresenta il convincente approdo interpretativo della elaborazione giurisprudenziale sul canone “oltre ogni ragionevole dubbio”, inserito nell'art. 533 c.p.p., comma 1, dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, ma già individuato in precedenza dalla giurisprudenza quale inderogabile regola di giudizio, che assume veste di “criterio generalissimo” nel processo penale, direttamente collegato al principio costituzionale della presunzione di innocenza.³

Attraverso tale elaborazione, sottolineano i Supremi Giudici, si è evidenziato che il canone “oltre ogni ragionevole dubbio” pretende che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, neppure nel senso di lasciare aperti re-

² Cfr. sul punto Cass. sez. 6, 2 ottobre 2014 n. 14038, cit., che sottolinea come il rito abbreviato sia frutto di una scelta dell'imputato per un processo già in primo grado fondato su principi diversi da oralità e immediatezza.

³ Di questo fondamentale principio di civiltà, cardine dei moderni ordinamenti processuali, era già permeata la giurisprudenza di legittimità prima che la regola fosse formalizzata nel 2006 (v. la netta affermazione sul punto in sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, Rv. 222139) e prima ancora delle decisioni della Corte EDU sul tema della *reformatio in peius*.

sidui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza.

Ciò significa, come evidenziato nella sentenza Dasgupta, che per riformare un'assoluzione non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice, occorrendo invece “una forza persuasiva superiore”, capace, appunto, di far cadere ogni ragionevole dubbio, perché, mentre la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, bensì la mera non certezza della colpevolezza.

Per i Giudici delle Sezioni unite la regola “oltre ogni ragionevole dubbio” pretende dunque (ben al di là della stereotipa affermazione del principio del libero convincimento del giudice) percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, *standards* conclusivi di alta probabilità logica, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere il diritto delle parti ad una valutazione legale, completa e razionale della prova.

In questa prospettiva risulta chiara la stretta correlazione, dinamica e strutturale, tra tale regola basilare e le coesistenti garanzie proprie del processo penale: presunzione di innocenza dell'imputato, onere della prova a carico esclusivo dell'accusa, obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie e giustificazione razionale delle stesse.

Tali coordinate regolatrici del giusto processo sono state assunte a fondamentale criterio ispiratore della decisione delle Sezioni unite Dasgupta, nella quale il riferimento a una “simmetria” operativa nell'assunzione e valutazione delle prove dichiarative decisive (in base alla quale è necessario, nel ribaltamento del giudizio di assoluzione, la rinnovazione anche d'ufficio della istruttoria dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni decisive ai fini dell'assoluzione) è stato con ogni evidenza rapportato al giudizio ordinario - con riguardo al quale è stata sottolineata l'esigenza che il convincimento del giudice di appello, nei casi in cui sia in questione il principio del ragionevole dubbio, replichi l'andamento del primo giudizio, fondandosi su prove direttamente assunte - ed ha dunque parziale rilievo ai fini del tema più generale del superamento del “ragionevole dubbio”.

L'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria.

Perché, insomma, *l'overturning* si concretizzi davvero in una motivazione rafforzata, che raggiunga lo scopo del convincimento “oltre ogni ragionevole dubbio”, non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive.

La motivazione risulterebbe altrimenti affetta dal vizio di aporia logica derivante dal fatto che il ribaltamento della pronuncia assolutoria, operato sulla scorta di una valutazione cartolare del materiale probatorio a disposizione del primo giudice, contiene in sé l'implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti.

Invero, anche nell'ambito del giudizio abbreviato l'imperativo della motivazione rafforzata è destinato ad operare in tutta la sua ampiezza attraverso l'effettuazione obbligatoria di una istruttoria – quantunque non espletata nel giudizio di primo grado – e con l'assunzione per la prima volta in appello di una prova dichiarativa decisiva.

L'esigenza di una giustificazione legale e razionale della decisione non può infatti retrocedere di fronte ad una pretesa esigenza di automatica “simmetria” operativa tra primo e secondo grado di giudizio (già confutata, proprio con riferimento ai differenti poteri del giudice di appello rispetto a quello di primo grado nell'ambito del giudizio abbreviato, da sez. un., 13 dicembre 1995, dep. 1996, Clarke, n. 930 Rv. 203427), perché lo scopo del giudizio, sia esso ordinario o abbreviato, è, appunto, il superamento di “ogni ragionevole dubbio”.

È dunque il rispetto della decisione liberatoria che, rafforzando significativamente la presunzione di innocenza, impone di riassumere le prove decisive impiegando il metodo che, incontestabilmente, è il migliore per la formazione e valutazione della prova, caratterizzato dall'oralità e dall'immediatezza attraverso l'apprezzamento diretto degli apporti probatori dichiarativi, rivelatisi decisivi per il proscioglimento in primo grado, da parte di un giudice di appello che avverta dubbi sul fatto che a un tale esito corrisponda la giusta decisione.

Sarebbe infatti difficilmente comprensibile come, di fronte ad un risultato dichiarativo cartolare, che caratterizza il giudizio abbreviato non condizionato, il giudice di appello – al quale, come osservato dalla sentenza Dasgupta, non può certo essere riconosciuta in termini ordinamentali una “autorevolezza maggiore” rispetto a quello di primo grado, ma solo una diversa funzione – possa pronunciare, in riforma di quella assolutoria, una sentenza di condanna espressione del “giusto processo” e perciò “equa”, fondata solo sul rapporto mediato che esso ha con le prove, senza il diretto esame delle fonti dichiarative.

Risulta evidentemente recessiva, rispetto a una simile evenienza, la circostanza che sia stata l'opzione dell'imputato verso il giudizio abbreviato a consentire il giudizio a suo carico allo stato degli atti, dovendo

invece prevalere l'esigenza di riassumere le prove decisive attraverso il metodo epistemologicamente più appagante, quello orale ed immediato, che caratterizza la formazione della prova nel modello accusatorio.

L'avvenuta “costituzionalizzazione del giusto processo”, sottolineano i Giudici Ermellini, induce, inoltre, a configurare il giudizio di appello che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, pur se a seguito del rito abbreviato, un “nuovo” giudizio, in cui il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato, come già osservato, solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova.

L'appello in tal caso non si risolve, infatti, in una mera sede di valutazione critica, in fatto e in diritto, dei percorsi motivazionali del giudice di primo grado, ma in un giudizio “asimmetrico” rispetto a quello di primo grado nel quale è comunque necessaria un'integrazione probatoria, non più da considerare in termini di eccezionalità rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento.

Quanto esposto vale tuttavia (sia per il giudizio ordinario che per il giudizio abbreviato) nei casi in cui di differente “valutazione” del significato della prova dichiarativa si possa effettivamente parlare: non perciò quando il documento che tale prova riporta risulti semplicemente “travisato”, quando, cioè, emerga che la lettura della prova sia affetta da errore “revocatorio”, per omissione, invenzione o falsificazione.

In questo caso, difatti, la difformità cade sul significato (sul documento) e non sul significato (sul documentato) e, perciò, non può sorgere alcuna esigenza di rivalutazione di tale contenuto attraverso una nuova audizione del dichiarante.

Ne consegue per il Supremo Consesso che un accertamento cartolare in grado di appello a seguito di impugnazione del pubblico ministero di sentenza di proscioglimento è incompatibile con il superamento del limite del “ragionevole dubbio”, posto che una condanna che non si è nutrita dell'oralità nell'acquisizione della base probatoria confligge nella evenienza precisata – con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. comma 2.

Sulla scorta di tali argomenti, le Sezioni unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «È affetta da vizio di motivazione ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio, di cui all'art. 533 c.p.p., comma 1, la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni».

a cura di
Andrea Alberico
 Dottore di Ricerca in Diritto Penale - Avvocato

Rassegna di legittimità

Imputato - Dichiarazioni - Oggetto di testimonianza (divieto) - Agenti sotto copertura - Deposizioni su quanto appreso dall'imputato - Utilizzabilità - Fondamento - Fattispecie

È legittima la testimonianza degli investigatori operanti «sotto copertura» su quanto hanno appreso dall'imputato nel corso dell'investigazione, posto che, nell'ambito dell'operazione svolta, sono stati soggetti partecipanti all'azione e non hanno agito come ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica. (Nel ribadire il principio, la Corte ha peraltro sottolineato che nella fattispecie, riguardante indagini per accertamento di reati in materia di stupefacenti, l'agente infiltrato non aveva neppure testimoniato su dichiarazioni direttamente resegli dall'imputato, limitandosi a riferire su un mero fatto storico avvenuto sotto la sua diretta percezione, quale la circostanza di aver assistito ad alcune affermazioni dell'imputato relative a possibili futuri acquisti di droga).

Cass., sez. 3, sentenza 2 febbraio 2017, n. 11572

(dep. 10 marzo 2017) Rv. 269175

Pres. Savani, Rel. Ramacci, Imp. Melloni e altro, P.M. Cuomo (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Bologna, 20 febbraio 2015)

Indagini preliminari - Arresto in flagranza - Convalida - In genere - Convalida non seguita da applicazione di misura cautelare - Ricorso per cassazione - Interesse dell'indagato ad impugnare - Limiti

L'interesse dell'indagato a ricorrere per cassazione contro il provvedimento di convalida dell'arresto, al quale non sia seguita l'applicazione di una misura cautelare, non può presumersi, avendo l'interessato l'onere di manifestare, in termini positivi e univoci, la sua intenzione di servirsi della pronuncia richiesta per proporre l'azione di riparazione per l'ingiusta detenzione.

Cass., sez. 5, sentenza 31 gennaio 2017, n. 9167

(dep. 24 febbraio 2017) Rv. 269038

Pres. Zaza, Rel. Scarlini, Imp. Fanu, P.M. Marinelli (Diff.)

(Dichiara inammissibile, G.I.P. Trib. Busto Arsizio, 10 maggio 2016)

Indagini preliminari - Chiusura delle indagini - archiviazione - Richiesta del pubblico ministero - Notifica alla persona offesa - Dichiarazione della persona offesa di voler essere informata - Modalità di presentazione - Requisiti - Fattispecie

La dichiarazione della persona offesa di voler essere informata circa l'eventuale archiviazione deve essere presentata in forma scritta, con l'utilizzo di una modalità che, assicurando la provenienza dell'atto dal soggetto legittimato, sia idonea allo scopo di garantire che pervenga al pubblico ministero procedente prima della decisione del G.I.P. sulla richiesta di archiviazione. (Fattispecie relativa a dichiarazione contenuta all'interno di un'istanza di avocazione del procedimento, che la stessa persona offesa aveva presentato al procuratore generale presso la corte d'appello. In applicazione del principio, la S.C. ha escluso che la predetta dichiarazione fosse idonea a far sorgere, in capo al pubblico ministero procedente, l'obbligo di far notificare la richiesta di archiviazione alla persona offesa, in quanto l'istanza di avocazione non è atto destinato al predetto P.M., e non potendo ritenersi che il procuratore generale sia tenuto a trasmetterla all'ufficio procedente).

Cass., sez. 1, sentenza 28 febbraio 2017, n. 11897

(dep. 10 marzo 2017) Rv. 269135

Pres. Cortese, Rel. Aprile, Imp. P.O. in proc. Dirita e altri, P.M. Corasaniti (Diff.)

(Dichiara inammissibile, G.I.P. Trib. Mantova, 18 gennaio 2016)

Lavoro - Prevenzione infortuni - In genere - Società di capitali - Componenti del consiglio di amministrazione - Responsabilità - Sussistenza - Limiti - Fattispecie

Nelle società di capitali, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore

di lavoro gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega, validamente conferita, della posizione di garanzia. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza di condanna del Presidente del Consiglio di amministrazione di una società per l'infortunio occorso ad un dipendente a causa della mancata manutenzione dei macchinari cui lo stesso era assegnato).

Cass., sez. 4, sentenza 1° febbraio 2017, n. 8118
(dep. 20 febbraio 2017) Rv. 269133
Pres. Piccialli, Rel. Pavich, Imp. Ottavi, P.M. De Masellis (Conf.)
(Rigetta, App. L'Aquila, 11 febbraio 2015)

Misure cautelari – Personali – Impugnazioni – Appello – In genere – Rigetto della domanda cautelare da parte del G.I.P. – Riforma del provvedimento in senso sfavorevole all'indagato – Motivazione rafforzata tale da superare il ragionevole dubbio – Obbligo – Esclusione – Ragioni

Qualora il tribunale della libertà accolga la domanda cautelare, riformando in sede di appello ex art. 310 c.p.p. la decisione di rigetto del G.I.P., deve escludersi la sussistenza dell'onere della c.d. motivazione rafforzata, in quanto tale onere è configurabile solo in sede di giudizio, dove il canone valutativo è costituito non dalla gravità indiziaria, ma dalla certezza processuale della responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio. (In motivazione, la S.C. ha peraltro precisato che il tribunale deve comunque procedere ad una verifica, sia pur implicita, degli argomenti a sostegno della decisione liberatoria impugnata, se interferenti con i presupposti della divergente valutazione adottata in appello, configurandosi altrimenti un vizio di motivazione che deve essere specificamente dedotto attraverso l'indicazione del profilo neppure implicitamente valutato).

Cass., sez. 6, sentenza 15 febbraio 2017, n. 11550
(dep. 09 marzo 2017) Rv. 269138
Pres. Ippolito, Rel. Ricciarelli, Imp. Emmanuello, P.M. Canevelli (Conf.)
(Annulla con rinvio, Trib. lib. Caltanissetta, 28 settembre 2016)

Misure cautelari – Personali – Estinzione – Termine di durata massima della custodia cautelare – In genere – Giudizio immediato – Emissione del decreto – Termini di fase – Interruzione – Notifica del decreto – Irrilevanza

L'emissione del decreto di giudizio immediato è idoneo ad interrompere i termini di fase della custodia cautelare, ai sensi dell'art. 303 c.p.p., essendo invece irrilevante il momento della notifica del provvedimento medesimo all'imputato.

Cass., sez. 2, sentenza 15 febbraio 2017, n. 9220
(dep. 24 febbraio 2017) Rv. 269100
Pres. Diotallevi, Rel. Agostinacchio, Imp. Di Mauro e altro, P.M. Cardia (Conf.)
(Dichiara inammissibile, Trib. lib. Bologna, 02 novembre 2016)

Misure cautelari – Personali – Estinzione – Termine di durata massima della custodia cautelare – In genere – Termine di durata complessiva di cui all'art. 304 comma sesto c.p.p. – Computo – Incidenza del "congelamento" del computo dei termini di custodia nei giorni destinati alle udienze e alla deliberazione – Esclusione – Ragioni

Il c.d. congelamento dei termini di custodia cautelare nei giorni destinati alle udienze e alla deliberazione della sentenza ex art. 297 comma quarto c.p.p. determina la possibilità di superamento dei soli termini ordinari di cui all'art. 303, commi primo, secondo e terzo, c.p.p., mentre non ha alcuna incidenza sul computo della durata massima della custodia stessa, ai sensi dell'art. 304 comma sesto c.p.p., che in nessun caso può superare il doppio dei predetti termini, in quanto il termine finale di fase deve essere considerato come limite estremo, superato il quale il permanere dello stato coercitivo non risulta più conforme al principio di proporzionalità espresso dall'art. 275, comma secondo, c.p.p.

Cass., sez. 2, sentenza 1° febbraio 2017, n. 6861
(dep. 13 febbraio 2017) Rv. 269122
Pres. Fumu, Rel. Pazzi, Imp. Solimene, P.M. Zacco (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. lib. Napoli, 20 ottobre 2016)

Procedimenti speciali – Giudizio abbreviato – In genere – Eccezione di incompetenza territoriale – Proposizione in sede di udienza preliminare – Rigetto – Mancata riproposizione nel giudizio abbreviato instaurato nella stessa udienza – Deducibilità in appello – Esclusione

Nel giudizio abbreviato di appello, è inammissibile l'eccezione di incompetenza per territorio proposta con l'impugnazione della sentenza di primo grado, qualora sollevata nel corso dell'udienza preliminare e non ripresentata, a

seguito del rigetto, nel successivo giudizio abbreviato instaurato nel corso della stessa udienza preliminare.

Cass., sez. 3, sentenza 2 febbraio 2017, n. 11054

(dep. 08 marzo 2017) Rv. 269174

Pres. Savani, Rel. Ramacci, Imp. Onofri e altro, P.M. Cuomo (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Bologna, 24 novembre 2015)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Circonvenzione di persone incapaci – In genere – Stato di deficienza psichica del soggetto passivo – Persona offesa affetta da morbo di Alzheimer – Condizioni della vittima al momento dell'atto dispositivo – Necessità di verifica – Esclusione

Il delitto di circonvenzione di incapace è configurabile qualora la persona offesa sia da anni affetta da morbo di Alzheimer, trattandosi di una patologia ingravescente che determina la sussistenza di uno stato di infermità e deficienza psichica tale da rendere non indispensabile verificare la condizione della vittima al momento dell'atto dispositivo.

Cass., sez. 2, sentenza 15 febbraio 2017, n. 9734

(dep. 28 febbraio 2017) Rv. 269136

Pres. Diotallevi, Rel. Pardo, Imp. B. P.M. Cardia (Conf.)

(Rigetta, App. Torino, 20 giugno 2016)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Truffa – Elemento oggettivo (materiale) – In genere – Artifici e raggiri – Antecedenti alla induzione in errore e all'ingiusto profitto – Necessità – Fattispecie

Nel delitto di truffa, la condotta fraudolenta consistente negli artifici e raggiri deve necessariamente precedere l'induzione in errore ed il conseguimento dell'ingiusto profitto. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha escluso che possa essere configurato il reato di truffa contrattuale nell'ipotesi di falsa denuncia di furto di assegni precedentemente consegnati in pagamento.

Cass., sez. 2, sentenza 15 febbraio 2017, n. 9197

(dep. 24 febbraio 2017) Rv. 269099

Pres. Diotallevi, Rel. Agostinacchio, Imp. Favero, P.M. Cardia (Diff.)

(Annulla senza rinvio, App. Brescia, 27 febbraio 2015)

Reati contro l'ordine pubblico – Delitti – Associazione per delinquere – In genere – Associazione di stampo mafioso – Sopravvenuto stato detentivo del partecipante – Automatica cessazione della partecipazione – Esclusione – Fondamento – Fattispecie

In tema di associazione per delinquere di stampo mafioso, il sopravvenuto stato detentivo del soggetto non determina la necessaria ed automatica cessazione della sua partecipazione al sodalizio, atteso che la relativa struttura - caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenziali a lungo termine - accetta il rischio di periodi di detenzione degli aderenti, soprattutto in ruoli apicali, alla stregua di eventualità che, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non ne impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività e, dall'altro, non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento. (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto corretta la decisione con cui il tribunale del riesame aveva reputato sussistere la permanenza del vincolo associativo in capo all'indagato - "braccio destro" del capoclan - nonostante la sofferta detenzione, sottolineando come i suoi contatti con il medesimo, e con l'intero gruppo, fossero nel frattempo continuati anche in ragione della periodica erogazione di somme di denaro da parte del sodalizio).

Cass., sez. 2, sentenza 24 gennaio 2017, n. 8461

(dep. 21 febbraio 2017) Rv. 269121

Pres. Fiandanese, Rel. Pellegrino, Imp. De Notaris., P.M. Casella (Diff.)

(Dichiara inammissibile, Trib. lib. L'Aquila, 19 settembre 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Appartenenti ad associazioni mafiose – Rapporti fra confisca di prevenzione e confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992 conv. in l. n. 356 del 1992 – Conseguenze – Provvedimento definitivo di rigetto di confisca "allargata" – Preclusione per l'adozione di un provvedimento di confisca di prevenzione – Limiti – Fattispecie

Il giudizio negativo sulla confiscabilità dei beni, espresso nel procedimento svolto ai sensi dell'art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356), non è idoneo a determinare preclusioni nell'ambito del giudizio di prevenzione, successivamente avviato, allorché la valutazione in ordine all'assenza di sproporzione fra il patrimonio nella disponibilità del proposto e i proventi della sua attività economica sia dipeso, nella prima occasione, dalla considerazione di redditi sottratti alla imposizione fiscale, trattandosi di proventi dei quali non è invece possibile tenere conto, ai fini del giudizio di proporzionalità, nel procedimento per l'appli-

cazione della confisca di prevenzione. (In motivazione, la S.C. ha osservato che la valutazione relativa alla confiscabilità dei beni ha un contenuto più ampio nel processo di prevenzione rispetto a quella che si svolge nel procedimento per la cd. confisca "allargata", assumendo diretta rilevanza l'origine e le modalità di formazione del patrimonio, che diventa confiscabile anche laddove sia accertato che sia frutto o costituisca il reimpiego di attività illecite, ivi inclusa l'evasione fiscale, senza necessità di distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso).

Cass., sez. 5, sentenza 19 gennaio 2017, n. 9729

(dep. 28 febbraio 2017) Rv. 269173

Pres. Nappi, Rel. Settembre, Imp. P.G., De Masi altri, P.M. Birritteri (Parz. Diff.)

(Annulla con rinvio, App. Torino, 21 marzo 2016)

a cura di
Giuseppina Marotta
Avvocato

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Circostanza aggravante dell'aver agito con crudeltà: ardere vivo una persona – Sussistenza

(art. 61 n. 4 c.p.)

Ardere vivo una persona costituisce uno dei modi più efferati per la realizzazione della volontà omicidiaria. Nello specifico la condotta consistita in uccidere la propria vittima, ancora viva ed inerme, prima cospargendone il corpo con la benzina e poi appiccando il fuoco, è caratterizzata dalla gratuità e superfluità di patimenti, dalla efferatezza ed assenza di pietà che costituiscono il nucleo della citata aggravante.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Circostanza aggravante dell'aver agito con crudeltà: comportamento del reo – Perversità dell'intento – Rilevanza ai fini del riconoscimento della aggravante

(art. 61 n. 4)

Per la configurabilità dell'aggravante indicata deve sussistere nell'agente la volontà di infliggere sofferenze aggiuntive e la consapevolezza che la vittima sia viva, mentre non è richiesto che la vittima del reato abbia effettivamente percepito la gratuita afflittività della condotta. La circostanza aggravante in oggetto valuta, esclusivamente, il comportamento dell'autore dell'illecito e la conseguente maggiore riprovevolezza di un modus agendi connotato da particola ipersensibilità, spietatezza, efferatezza. Si ritiene opportuno rimarcare, da ultimo, che di recente la Cassazione a sez. un. ha avuto modo di ribadire che l'aggravante sussiste anche quando la crudeltà si manifesta nei confronti di una persona viva che trovandosi in stato di incoscienza, non si sa se percepisca concretamente l'afflizione gratuita, in quanto è proprio la perversità dell'intento che contrassegna l'aggravante.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Circostanza aggravante dell'aver agito approfittando dello stato di minorata difesa – Condizioni

(art. 61 n. 5 c.p.)

Ai fini della sussistenza dell'aggravante della minorata difesa vanno tenute presenti tutte quelle situazioni idonee a ridurre ed a rendere più difficile la difesa del soggetto passivo del reato così agevolando la commissione del reato.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Circostanze attenuanti generiche: precedenti penali – Assenza – Riconoscimento – Esclusione

(art. 62-bis)

L'assenza di precedenti penali di per sé non consente il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche. Per negare la concessione delle attenuanti generiche, non è necessario prendere in considerazione tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti e che è sufficiente far riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, rimanendo disattesi o superati tutti gli altri.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Diffamazione: diritto di critica – Limiti e presupposti

(art. 595 c.p.)

Il reato di diffamazione è reato cd. "formale" e, quindi per la sua consumazione, basta l'uso del termine denigratorio nell'ambito di una comunicazione con più persone. Non può essere invocato il diritto di critica laddove le opinioni nutrite nei confronti di altri individui, anche se negative, vanno sempre manifestate nel rispetto della persona, senza mai sconfinare in gratuite manifestazioni di disprezzo, che sono all'origine di significativi detrimenti del patrimonio morale altrui e che nulla hanno in comune con la critica. Concludere nel senso opposto, del resto aprirebbe le porte a un esimente destinata a lasciare impunito colui che oltrepassasse il limite della continenza verbale., rendendo conforme

al diritto l'uso di espressioni che, lungi dall'essere circoscritte nei limiti della critica nei confronti del soggetto criticato, sui traducessero nella denigrazione della sua persona in quanto tale.

Tribunale Torre Annunziata, G.O.T. Ascolese, sentenza 22 febbraio 2017, n. 8

Falsità: falso innocuo – Caratteristiche

(476 c.p.)

Non è punibile, in quanto innocua, la falsità che si rilevi in concreto inidonea a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità del documento, vale a dire quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo antiggiuridico. La lesione della fede pubblica e, quindi, il concreto pregiudizio del bene giuridico tutelato nei reati di falso, è insita, però, nelle falsità documentali in atti pubblici, sicché in ordine a questi non è mai concepibile un falso innocuo, se non nel caso in cui esso incida su un documento inesistente o assolutamente nullo. Per cui solo l'inesistenza giuridica del documento fa venir meno la tutela penale in caso di falsità e non anche la semplice nullità o annullabilità dell'atto.

L'orientamento richiama la nota distinzione, frutto di elaborazione dottrinarica, tra le categorie concettuali dell'inesistenza giuridica dell'atto e della mera invalidità, comprensiva delle ipotesi di nullità e della mera invalidità, comprensiva delle ipotesi di nullità od annullabilità. Nella prima categoria rientrano ipotesi di atto privo dei requisiti essenziali ai fini della sua riconoscibilità come tale (cioè proveniente da un funzionario privo delle pertinenti attribuzioni ovvero di atto non riconducibile ad alcuna fattispecie negoziale, privo della parvenza esteriore di negozio giuridico.

Corte Appello Napoli, sez. III, sentenza 28 febbraio 2017, n. 2072, Pres. Est. Del Balzo

Falsità: registro protocollo della p.a. – Atto pubblico

(art. 476 c.p.)

Il registro di protocollo di un ufficio della p.a., è destinato a far fede del ricevimento o della spedizione di atti da parte dell'ufficio, tuttavia, costituisce un potere certificativo ulteriore e successivo al perfezionarsi dell'atto, affidato a personale dell'ente avente mansioni puramente esecutive, non presupponendo il potere – dovere di certificazione alcuna discrezionalità in capo all'autore della stessa.

Corte Appello Napoli, sez. III, sentenza 28 febbraio 2017, n. 2072, Pres. Est. Del Balzo

Omessa denuncia di armi: casistica

(art. 697 c.p.)

L'omessa denuncia di detenzione di un pugnale con lama di cm 20, integra il reato di cui all'art. 697 c.p. il quale a seguito delle modiche legislative intervenute con le leggi 895 del 1967 e 497 del 1974, ha ad oggetto solo la detenzione illecita delle armi proprie da punta e da taglio (pugnale) e le munizioni per armi comuni da sparo.

Tribunale Avellino, G.M. Matarazzo, sentenza 7 marzo 2017, n. 466

Ricettazione – Incauto acquisto: differenze

(art. 648 -712 c.p.)

La consapevolezza della illecita provenienza dei beni ricevuti integra il delitto di ricettazione, e non la contravvenzione di cui all'art. 712 c.p., per la quale l'elemento intenzionale è costituito dal semplice sospetto della provenienza illecita della cosa acquistata o ricevuta.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Ricettazione: detenzione arma proveniente da delitto – Sussistenza del reato

(art. 648 c.p.)

Integra il reato di ricettazione l'aver acquistato o comunque detenuto una pistola proveniente da delitto al chiaro intento di trarne profitto, (quello conseguente, se non altro, al possibile utilizzo di un'arma illegalmente detenuta) nella piena consapevolezza della sua provenienza delittuosa.

Tribunale Nola, G.I.P. Aurigemma
sentenza 9 febbraio 2017, n. 86

Usura: stato di bisogno – Presupposti e caratteristiche

(art. 644 c.p.)

Lo stato di bisogno è inteso non come uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma come un impellente assillo che limita la volontà del soggetto inducendolo a ricorrere al credito a condizioni usuraie. Detta aggravante ricorre nel caso in cui il debitore, per l'avvenuta chiusura delle linee di credito, sia impossibilitato a ricorrere al prestito bancario.

Tribunale Nola, coll. B), sentenza 18 gennaio 2017, n. 123, Pres. Est. Critelli

Usura: rateizzazione degli interessi – Momento consumativo del reato

(art. 644 c.p.)

In materia di usura, qualora alla promessa segue – mediante la rateizzazione degli interessi convenuti – la dazione effettiva di essi, questa fa parte a pieno titolo del fatto lesivo penalmente rilevante e segna, mediante la concreta e reiterata esecuzione dell'originaria pattuizione usuraria, il momento consumativo sostanziale del reato.

Tribunale Nola, coll. B), sentenza 18 gennaio 2017, n. 123, Pres. Est. Critelli

CODICE PROCEDURA PENALE**Impugnazioni: sentenze dei due gradi di merito – Motivazione – Obbligo – Criteri**

(art. 546 c.p.p.)

Le motivazioni delle sentenze dei due gradi di merito costituiscono una sola entità logico - giuridica, ragione per cui l'obbligo di motivazione ben può ritenersi adempiuto nel caso in cui il giudice di appello abbia accertato e valutato il materiale probatorio con criteri omogenei a quelli usati dal giudice di primo grado, limitandosi a far riferimento a quanto sul punto affermato da quest'ultimo. In tal senso, può dirsi che la struttura motivazionale della sentenza di appello si salda con quella precedente per formare un unico complesso argomentativo.

Tribunale Torre Annunziata, G.O.T. Ascolese, sentenza 22 febbraio 2017, n. 8

Impugnazioni: rinuncia al motivo di appello nel merito – Obbligo di analizzare le censure – Esclusione

(art. 591 c.p.p.)

La rinuncia espressa al motivo di appello attinente la affermazione della penale responsabilità in ordine al reato contestato, comporta sul punto, ex art. 591 c.p.p. la inammissibilità del motivo di gravame ed esime la Corte dall'obbligo di analizzare le censure ad esso relativo contenute nell'atto di appello.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Impugnazione: cognizione e poteri del giudice di appello

(art. 597 c.p.p.)

La richiesta avanzata in sede di discussione avente ad oggetto la disapplicazione dell'art. 72 c.p. ed applicazione della continuazione tra reati, non può essere esaminata dalla Corte di appello se non ha costituito oggetto della devoluzione al giudice del gravame.

Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sentenza 20 dicembre 2016, n. 107, Pres. Monaco, Est. Santaniello

Intercettazioni: installazione di virus informatici – Regime normativo

(art. 267 c.p.p.)

Le intercettazioni disposte attraverso l'installazione di virus informatici attivati su smartphone o computer rientrano nell'alveo delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti. Il regime normativo di tali intercettazioni distingue le intercettazioni di comunicazioni tra presenti e le intercettazioni di comunicazioni tra presenti in luoghi di privata dimora. ai fini della legittimità ed utilizzabilità delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti non è richiesta la preventiva indicazione dei luoghi specifici in cui essa è consentita (attesa la caratteristica tecnica intrinseca di intercettazione ambientale itinerante). Deve escludersi la possibilità di intercettazioni con il mezzo del captatore informatico nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., al di fuori della disciplina derogatoria di cui all'art. 13 l. 203/91.

Tribunale Napoli, G.I.P. Colucci, ordinanza 9 marzo 2017, n. 115

Intercettazioni: installazione di virus informatici nei luoghi di privata dimora – Delitti di criminalità organizzata – Ammissibilità

(art. 267 c.p.p. - 51 c. 3-bis c.p. - 614 c.p.)

Nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata (art. 51 c. 3 bis e 3 quater c.p.) è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p. pure non singolarmente individuati ed anche se non vi si stia svolgendo attività criminosa. Deve escludersi che uno studio professionale o una autovettura siano qualificabili luoghi di privata dimora.

Tribunale Napoli, G.I.P. Colucci, ordinanza 9 marzo 2017, n. 115

LEGGI PENALI SPECIALI

Reati tributari: operazioni soggettivamente inesistenti – Elemento soggettivo – Autonomia del procedimento penale rispetto a quello tributario

(art. 2 d.lgs. 74/2000)

È noto che in tema di reati tributari, il rigoroso orientamento della S.C. ritiene che il dolo nel delitto di utilizzazione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, di cui all'art. 2 del d.lgs. 74/2000, sia ravvisabile nella consapevolezza in chi utilizza il documento in dichiarazione, che colui che ha effettivamente reso la prestazione non ha provveduto alla fatturazione del corrispettivo versato dall'emittente, conseguendo in tal modo un indebito vantaggio fiscale in quanto l'IVA versata dall'utilizzatore della fattura non è stata pagata dall'esecutore della prestazione medesima. La S.C. ha però precisato che il principio di diritto tributario - per il quale incombe sull'Erario l'onere di provare che il contribuente sapeva o avrebbe dovuto sapere che l'operazione invocata a fondamento della detrazione si inseriva in una evasione commessa dal fornitore - non può essere automaticamente trasposto in sede penale, attesa l'autonomia fra i relativi procedimenti. L'elemento soggettivo richiesto (dolo) è desumibile dal fatto che è ben vero che l'utilizzatore sostiene di aver effettivamente versato le somme indicate in fattura e di aver ricevuto la prestazione fatturata, ma è altrettanto vero che l'utilizzatore che espone in dichiarazione un costo (IVA), fatturato da soggetto diverso rispetto a quello che ha reso effettivamente la prestazione, è - prima ancora che giuridicamente, logicamente - consapevole di porre in essere una condotta vietata, atteso che (più che dell'accettazione del rischio che l'emittente sia o possa essere una società "cartiera") v'è la piena consapevolezza che chi ha effettivamente reso la prestazione non ha provveduto alla fatturazione del corrispettivo versato dall'emittente, donde è evidente la chiara consapevolezza che l'esecutore della prestazione abbia conseguito un indebito vantaggio tributario in quanto l'IVA versata dall'utilizzatore della fattura non è stata pagata dall'esecutore della prestazione medesima.

Tribunale Napoli Nord, G.M. Miele, sentenza 20 gennaio 2017, n. 169

Reati tributari: operazioni soggettivamente inesistenti – Elemento soggettivo

(d.lgs. 74/2000)

Pur affermando la S.C. che la consapevolezza possa essere ricavata da elementi logico-deduttivi, e non solo ed esclusivamente da elementi di fatto, richiede comunque che vi sia, da parte dell'utilizzatore, una consapevolezza che, chi emette la fattura utilizzata, sia una società di comodo. Peraltro, diversamente argomentando, si finirebbe per attribuire una responsabilità a titolo oggettivo all'utilizzatore, per il mero fatto dell'utilizzo.

Tribunale Napoli Nord, G.M. Miele, sentenza 20 gennaio 2017, n. 169

Reati Tributari: atti fraudolenti finalizzati al mancato pagamento delle imposte – Sequestro ai fini della confisca – Pretesa erariale – Presupposto

(art. 11 d.lgs. 74/2000)

Nel caso della fattispecie di cui all'art. 11 d.lgs. 74/2000, che punisce colui che al fine di sottrarsi al pagamento dell'imposta, aliena simultaneamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la riscossione coattiva, il sequestro ai fini della confisca - pur consentito nei limiti del valore dei beni idonei fungere da garanzia nei confronti dell'amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase - presuppone logicamente la sussistenza della pretesa erariale, diversamente non potendo configurarsi una sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.

Tribunale Avellino, sez. riesame, ordinanza 26 aprile 2017, n.69

Reati Tributari: dichiarazione infedele principio di autonomia tra processo penale e processo tributario

(d.lgs. 74/2000)

Nel caso della fattispecie di dichiarazione infedele, deve trovare piena applicazione il principio di autonomia tra il processo penale e processo tributario codificato nel titolo IV del d.lgs. 74/2000 con la conseguenza che l'annullamento disposto dal giudice tributario non osta alla configurabilità del reato e quindi alla possibilità di disporre il sequestro a fini di confisca del profitto realizzato.

Tribunale Avellino, sez. riesame, ordinanza 26 aprile 2017, n.69

Diritto amministrativo

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI. IL SISTEMA UNICO DI QUALIFICAZIONE. IL DGUE. IL RATING D'IMPRESA ED IL SISTEMA SOA. L'AVVALIMENTO	326
di Rossella Verderosa	
LA DETERMINAZIONE DELLA TARIFFA DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO OGGI TRA COMUNI, ENTI D'AMBITO E AEEGSI. <i>Nota a T.a.r. Lombardia, sez. II, 27 settembre 2016, n. 1749</i>	341
di Luca Longhi	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	352
a cura di Almerina Bove	



La disciplina dei Contratti pubblici nel nuovo Codice degli Appalti. Il sistema unico di qualificazione. Il DGUE. Il Rating d'impresa ed il sistema SOA. L'avvalimento*

abstract

The Unique Qualification System for Public Work Executives – The Company's rating as a reputational criterion ex art. 83, paragraph 10 in the new Code of Conduct – The availment: the news introduced by art. 89 Code of Conduct. Obligation to replace the auxiliary enterprise, multiple and fractional availment, the role of the RUP in verifying substantial ownership of the requirements and resources in the execution of the contract.

Exclusivity of the aid in favor of a competitor and consequences for the mendacity of exclusivity-Availment of quality certification.

keywords

Business qualification system – Rating – Availment.

abstract

Nel contributo sono approfonditi gli argomenti di seguito indicati.

Il sistema unico di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici; il rating d'impresa quale criterio reputazionale ex art. 83, comma 10 nel nuovo codice degli Appalti.

L'avvalimento e le novità introdotte dall'art. 89. Obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria, l'avvalimento plurimo e frazionato, il ruolo del RUP di verifica sostanziale del possesso dei requisiti e delle risorse nell'esecuzione dell'appalto.

Esclusività dell'ausilio in favore di un concorrente e conseguenze in ordine alla mendacità dell'esclusività – L'avvalimento della certificazione di qualità.

parole chiave

Sistema di qualificazione aziendale – Valutazione – Disponibilità.

sommario

1. Sistema Unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. – **1.1** La disciplina previgente al nuovo Codice. – **1.2** La qualificazione con il nuovo Codice degli Appalti. – **1.3** Il rating d'impresa. – **1.3.1** I criteri reputazionali nell'esperienza degli Stati Uniti d'America. – **1.3.2** I criteri reputazionali nel nuovo Codice degli Appalti. – **2.** Il Documento di Gara Unico Europeo. – **2.1** La comprova dei requisiti. –

2.2 I mezzi di prova. – **3** La Certificazione di qualità. – **3.1** L'avvalimento della certificazione di qualità aziendale. – **4.** L'Avvalimento. Art. 89. – **4.1** Le novità. – **4.2** Normativa precedente. – **4.3** Subappalto. – **4.4** Obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria. – **4.5** Natura del contratto di avvalimento. – **4.6** La forma del contratto. – **5.** Conclusioni

1. Sistema Unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici

Il legislatore consente la partecipazione alle gare pubbliche solo ad operatori affidabili.

Dunque l'impresa che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica per essere considerata affidabile deve qualificarsi, dimostrando il possesso dei requisiti di ordine generale (ossia affidabilità morale) e speciale (affidabilità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

La procedura di qualificazione avviene in maniera differente a seconda dell'oggetto dell'appalto:

- per i lavori il sistema di qualificazione è attuato all'esterno della gara da organismi di diritto privato di attestazione (SOA), mentre per i servizi e le forniture occorre qualificarsi "gara per gara" dinanzi alla stazione appaltante (dimostrando il possesso dei requisiti previsti all'art. 41 e all'art. 42 Codice contratti).

1.1 La disciplina previgente al nuovo Codice

La qualificazione degli operatori economici esecutori di lavori pubblici era prevista dall'art. 40 d.lgs. 163/2006, dal d.P.R. 207/2010, dal Manuale¹ sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pub-

* Il testo costituisce la rielaborazione, attraverso l'aggiunta di note bibliografiche, della relazione svolta al Convegno "La disciplina dei Contratti Pubblici: il recepimento delle nuove direttive, aspetti normativi e criticità applicative tra il vecchio ed il nuovo regime" organizzato dalla Camera Amministrativa Salernitana in collaborazione con la C.C.I.A.A. di Salerno, il Consiglio Nazionale degli Ingegneri, l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Salerno, l'A.N.C.E. A.I.E.S. di Salerno e l'ordine degli Architetti di Salerno nell'ambito delle attività formative e culturali del 2017.

¹ Il Manuale aggiorna, integra e razionalizza circa 300 atti tra Determinazioni, Comunicati, e Deliberazioni emanati dal 1999; il Manuale individua criteri rigorosi per l'utilizzo delle cessioni di rami di azienda ai fini del rilascio dell'attestato di qualificazione.

blici di importo superiore a € 150.000,00, pubblicato nell'ottobre 2014 dall'ANAC.

La qualificazione differiva a seconda del valore dell'appalto:

- sotto i 150.000 € mediante iscrizione negli elenchi della stazione appaltante;
- sopra i 150.000 € mediante attestazione SOA.

In particolare, sopra i 150.000 € si basava su alcuni capisaldi:

- L'attività di qualificazione era affidata ad una pluralità di soggetti aventi natura giuridica privata, ossia le società o organismi di attestazione SOA;
- L'attività di attestazione era subordinata ad un provvedimento autorizzatorio di competenza di un'autorità amministrativa terza ed imparziale (ANAC) che aveva poteri di vigilanza, controllo e di sanzione nei confronti delle SOA (la cui indipendenza ed imparzialità era garantita da una serie di requisiti che le stesse dovevano necessariamente possedere).

In sostanza un sistema in cui gli attori erano (dal lato della domanda) le imprese e dal lato delle offerte le SOA che esercitavano il servizio di qualificazione con una finalità di preminente interesse pubblico.

La procedura di qualificazione aveva inizio con la sottoscrizione di un contratto privato di attestazione con una SOA, scelta dall'operatore economico, e si concludeva, in caso di esito positivo, con il rilascio di un certificato necessario per partecipare alle gare.

Funzione pubblicistica delle SOA: l'attestato di qualificazione SOA era una certificazione necessaria alla comprova della capacità di impresa ad eseguire opere pubbliche per importo superiore a 150.000,00 e dimostrava, per la fede pubblica che era riconosciuta all'attestato, il possesso dei requisiti necessari per poter contrarre con la PA.

A seconda della capacità strutturale e dei requisiti economici e tecnici posseduti dall'impresa, l'attestato SOA, abilitava a concorrere a pubbliche gare d'appalto indette per categorie e classifiche di importo ai sensi dell'art. 61 d.P.R. 207/2010.

La qualificazione SOA all'interno delle summenzionate categorie si poteva ottenere per 10 classifiche di importo.

La qualificazione in una categoria abilitava l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto.

La durata dell'attestazione era complessivamente di cinque anni purché prima dello scadere del terzo anno dalla data del rilascio dell'attestazione, l'impresa superava la verifica di medio termine.

Vi era quindi il principio dell'ultravigenza dell'attestato SOA.

Tale principio consentiva la vigenza dell'attestato, quindi il suo utilizzo in gara, oltre la naturale scadenza per il tempo necessario allo svolgimento dell'attività di attestazione, a patto che sia per la verifica triennale

sia per il rinnovo quinquennale la sottoscrizione del contratto con la SOA avvenisse 90 giorni prima della scadenza.

Esclusivamente la richiesta tempestiva consentiva l'ultravigenza dell'attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura.

Tale norma era finalizzata a contemperare l'interesse pubblico alla garanzia della validità dell'attestazione con il principio del *favor participationis* alle gare pubbliche.

1.2 La qualificazione con il nuovo Codice degli Appalti

La direttiva comunitaria 2014 non si è pronunciata sul sistema di qualificazione degli operatori economici in ambito di lavori pubblici.

A ben vedere, l'art. 64 della direttiva 24/2014 stabilisce in via generale che gli Stati membri possano istituire o mantenere elenchi ufficiali di imprenditori, di fornitori o di prestatori di servizi riconosciuti o prevedere una certificazione da parte di organismi di certificazione conformi alle norme europee in materia di certificazione.

La legge delega 1/2016 ha invece previsto all'art.1, lett. uu)² la possibilità di revisionare, anche superandolo, il precedente sistema di qualificazione.

Nel nuovo codice la qualificazione –per i lavori – è prevista dall'art. 84.

Il comma 3, dell'art. 84, prevede in base a quanto stabilito dalla legge delega una ricognizione straordinaria a cura dell'ANAC diretta a verificarne il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione.

In data 20 luglio 2016 l'Anac ha pubblicato uno stralcio della ricognizione straordinaria sulle SOA inviata alle Camere.

Dall'analisi del suddetto stralcio la ricognizione appare essere orientata al controllo generalizzato a carico delle SOA circa il possesso dei requisiti.

La restante parte della norma ripropone per intero quanto già previsto dall'art. 40 del vecchio codice.

Quindi il comma 1 art. 84 prevede che i soggetti esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000,00 devono provare il possesso dei requisiti di qualificazione mediante attestazione rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC.

Il nuovo sistema di qualificazione si basa anche sulle linee guida dell'ANAC che, ex art. 217 lett. u) del Codice, sostituiranno il d.P.R. 207/2010, disciplinando puntualmente le modalità di svolgimento dell'attività di attestazione.

² L'art. 1, lett. Uu) prevede: «revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale della capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite».

Il sistema è unico nel senso che le stazioni appaltanti possono richiedere esclusivamente l'esibizione dell'attestato SOA al fine di dimostrare il possesso dei requisiti previsti dalla *lex specialis*.

In base all'art. 84 le SOA attestano l'assenza dei motivi di esclusione, il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale, il possesso di certificazione di qualità rilasciate da soggetti accreditati, il possesso di certificazione del rating d'impresa.

Con riferimento al rating d'impresa, attribuito dall'Anac, non è chiaro se le SOA debbano riportare il punteggio posseduto dall'impresa sull'attestato oppure certificare semplicemente l'esistenza del rating.

1.3 Il rating d'impresa

All'art. 83, co. 10, il legislatore, con la finalità di attribuire un ruolo specifico alla reputazione dell'operatore economico, ha introdotto il sistema del "rating d'impresa".

Tale sistema, che rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento, viene istituito presso l'ANAC, che avrà l'onere di curarne intensamente la gestione.

Nel nuovo codice, dunque, la reputazione dell'impresa diviene elemento da utilizzare ai fini della qualificazione, e che consente, a determinate condizioni fissate dalla *lex specialis*, la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica anche ad operatori economici che, pur non possedendo tutti i requisiti strutturali speciali richiesti, godono di un punteggio reputazionale positivo.

1.3.1 I criteri reputazionali nell'esperienza degli Stati Uniti d'America

Il governo degli Stati Uniti, nei primi anni 90³, con il *Federal Acquisition Streamlining Act* (1994) ed il *Federal Acquisition Reform Act* (1995) ha riformato l'intero sistema del *public procurement*. La riforma, considerata una pietra miliare nel sistema degli appalti pubblici statunitensi, ha imposto, per tutti i contratti di importo superiore ai 100.000 dollari, la reputazione delle imprese come criterio di valutazione delle offerte, da spendere per l'attribuzione dei punteggi in sede di gara.

In sostanza la reputazione delle imprese viene misurata dal punteggio attribuito alla c.d. *past performance* pubblica, ossia al comportamento tenuto dalle imprese nei confronti delle stazioni appaltanti federali e statali.

Nello specifico, il punteggio di *past performance* ha le seguenti caratteristiche:

- viene attribuito al termine dell'esecuzione del con-

tratto pubblico all'interno di un range che va da 0 a 5;

- è la somma di 4 subcriteri (qualità, rispetto dei costi, dei tempi e comportamento tenuto nei confronti della PA);
- viene inserito dalle singole stazioni appaltanti in un database nazionale;
- viene speso nella successiva gara ai fini dell'attribuzione del punteggio finale.

Nel sistema statunitense, dunque la *past performance* positiva è elemento dirimente al fine dell'aggiudicazione della gara; talmente importante da diventare fulcro della strategia di crescita per le imprese che lavorano nel settore del *public procurement*.

Di conseguenza tutti gli operatori economici hanno interesse ad ottenere un punteggio di partenza alto perché ciò farà la differenza nell'aggiudicazione della futura commessa pubblica.

Il punteggio di rating, dunque, è dotato di un effetto diretto ed immediato sull'aggiudicazione della futura gara e, dunque, sulla "vita" dell'impresa che intende operare nel mercato dei contratti pubblici; di conseguenza chi possiede un rating negativo può comunque partecipare alla gara ma si troverà a dover competere con operatori economici che, avvantaggiati dal rating positivo, avranno più possibilità di aggiudicarsi la commessa pubblica.

In definitiva il rating d'impresa statunitense è l'asse portante di una politica che ha tra i propri obiettivi la selezione dell'operatore economico virtuoso e parrimenti punisce, con la mancata aggiudica, l'impresa inaffidabile che non è in grado di rispettare quanto aveva promesso in sede di offerta.

1.3.2 I criteri reputazionali nel nuovo Codice degli Appalti

I criteri reputazionali sono previsti dal legislatore comunitario al considerando 101 ed all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE.

Il nuovo codice lo disciplina all'art. 83, co. 10⁴; è istituito presso l'Anac che ne cura la gestione il sistema del rating d'impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa.

L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida

³ Cfr. S. KELMAN, *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance AEL Studies 1990*. L'autore viene considerato l'ispiratore delle politiche del presidente Clinton in materia di Public Procurement.

⁴ La collocazione è stata criticata dal Consiglio di Stato nel parere sul Codice in cui si stabiliva "la previsione del comma 10, relativa al sistema di premialità e penalità, non risulta correttamente inserita nell'ambito dell'art. 83 e, pertanto, deve essere collocata in un separato articolo".

adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di Anac di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.

I requisiti reputazionali alla base del rating d'impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alla Casse Edile, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

La direttiva comunitaria, a differenza del sistema statunitense, considera rilevante la reputazione delle imprese esclusivamente al fine della esclusione del partecipante dalla procedura ad evidenza pubblica.

Di conseguenza, nel disegno del legislatore comunitario la *past performance* positiva consente l'ammissione mentre la *past performance* negativa può essere utilizzata per escludere il candidato dalla gara.

Quindi già nella direttiva comunitaria il rating d'impresa agisce non sull'aggiudicazione ma sull'ammissione del concorrente.

Il legislatore nazionale ha attuato questa parte della direttiva all'art. 1 lett. q) e uu) della l. 11/2016 ed ha introdotto la facoltà – non disciplinata dalla normativa comunitaria – di istituire un sistema amministrativo idoneo sia a punire che a premiare le imprese (di premialità e di penalità).

Quindi a differenza della direttiva comunitaria il rating d'impresa non è uno strumento sanzionatorio finalizzato all'esclusione dalla procedura ma (l'ennesimo) strumento che agevola la partecipazione!

Dall'esegesi dell'art. 83 co. 10 desumiamo che il rating d'impresa:

- è istituito presso l'Anac
- si basa su premialità e penalità
- si applica ai fini della qualificazione (non ai fini dell'attribuzione dei punteggi né al fine dell'esclusione del candidato come previsto dalla direttiva comunitaria, si basa su requisiti reputazionali calcolati in base ad indici di qualità e quantità, oggettivi e misurabili che esprimono la capacità strutturale e l'affidamento dell'impresa

La disciplina completa dell'istituto sarà affidata ad apposita linea guida dell'ANAC.

L'ANAC, peraltro, ex art. 83 co. 10 nell'elaborare la linea guida dovrà tenere in debito conto che taluni

requisiti reputazionali sono stati già fissati dal nuovo codice.

Si può sicuramente dire che il rating rischia di invadere il terreno della capacità strutturale dell'impresa (misurato dalla SOA) del DURC (che già certifica la regolarità contributiva) del rating di legalità, creando uno strumento complesso e di dubbia utilità, che andrà a misurare parametri già oggetto di valutazione

Inoltre il rating se mal calibrato rischia di divenire uno strumento addirittura controproducente per la piccola impresa ed ininfluenza per la grande impresa.

Il concetto è dirimente:

- nel rating statunitense qualsiasi impresa, piccola o grande, è interessata alla *past performance* perché la stessa incide sull'aggiudicazione della gara, nel sistema delineato dal nuovo codice invece la grande impresa non ha alcun interesse alla propria *past performance* dato che il rating viene utilizzato esclusivamente per la qualificazione.

Si ritiene, quindi, interpretando letteralmente l'art. 84, co. 4, lett. D) che le SOA debbono attestare esclusivamente il possesso della certificazione del rating, senza indicarne il punteggio.

Anche con il nuovo codice il SUQ è articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori.

Il co. 6 ribadisce il ruolo di vigilanza dell'ANAC sull'intero sistema di qualificazione; l'ANAC ha un ruolo di vigilanza sull'intero sistema di qualificazione che effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario, a fronte di motivata istanza proveniente dall'impresa, da altra SOA o dalla stazione appaltante.

Ai sensi del co. 6 le stazioni appaltanti sono obbligate ad effettuare controlli a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate dall'ANAC.

Ricevuta la segnalazione l'ANAC dispone la sospensione cautelare dell'attestazione entro dieci giorni, salvo poi a definire la procedura entro 60 giorni.

Desti perplessità l'imperativo con cui il legislatore impone all'ANAC di sospendere in via cautelare l'attestato.

Si ritiene, in merito, in accordo con la dottrina⁵ che si è già espressa sul tema che l'Anac disponga di un potere valutativo in ordine alla sospensione dell'attestato, dovendo quantomeno valutare il *fumus* della segnalazione, garantendo parimenti in questa nuova fase cautelare l'esercizio del diritto di difesa.

Lo stesso comma inoltre volendo incentivare i controlli delle stazioni appaltanti, stabilisce che gli stessi costituiscono elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della premialità nell'ambito del siste-

⁵ MANZI, *Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, (a cura di Caringella - Protto p. 353 Roma 2016).

ma di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dall'art. 38.

In sostanza le stazioni appaltanti diventano uno strumento di controllo diffuso utilizzato dall'Anac per verificare non solo il possesso dei requisiti ma anche lo svolgimento dell'attività di attestazione da parte delle SOA.

L'attestato – come nella previgente disciplina – co. 11 art. 84 è valido cinque anni purché l'impresa superi la verifica medio termine che deve essere effettuata dopo tre anni dall'emissione.

Per gli appalti di lavori pari o superiori a € 20 milioni il sistema di qualificazione rimane immutato: la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi relativamente ai requisiti di capacità economica e finanziaria e/o tecnica ed organizzativa.

Una conseguenza indiretta sulla qualificazione degli operatori economici deriva dall'art. 217 lett. uu). L'art. 217 abroga il d.l. n. 210/2016 che prevedeva la proroga fino al 31 luglio 2016, dei termini per usufruire del c.d. "bonus decennale".

Le imprese dapprima avevano la possibilità di utilizzare l'intero decennio per dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione.

Pertanto fino all'entrata in vigore del nuovo codice, per la dimostrazione dei suddetti requisiti (tecnici ed economici) il periodo di attività utilizzabile per ottenere l'attestato di qualificazione era quello relativo al decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA.

Non essendo più utilizzabile il "bonus decennale" ai fini della dimostrazione dei requisiti si potranno utilizzare esclusivamente i requisiti maturati negli ultimi 5 anni di attività d'impresa.

La novità avrà degli effetti pratici importanti sulla qualificazione in ambito di lavori pubblici, in quanto probabilmente si assisterà ad una riduzione delle categorie e delle classifiche attualmente certificate; difatti l'utilizzo della misura "premiante" del bonus decennale aveva il pregio di ridurre l'incidenza negli attestati rilasciati degli ultimi anni di crisi profonda che ha visto il settore dei lavori pubblici.

Per garantire trasparenza dei controlli sull'attività di attestazione l'Anac predetermina e rende pubblico sul proprio sito il criterio e il numero dei controlli a campione da effettuare annualmente sulle attestazioni rilasciate dalle SOA (co. 9).

I poteri di vigilanza e di controllo sono esercitati anche su motivata e documentata istanza di un'impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante (art. 71, co. 1, 2 e 4 d.P.R. 207/2010).

Ai sensi del co. 12, art. 84, invece entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, con decreto del Ministero delle Infrastrutture, su proposta dell'Anac, al fine di migliorare l'effettività delle verifiche, verranno individuate modalità di qualificazione alternative al sistema attuale in ambito di lavori pubblici.

L'art. 83, co. 2, del codice dispone che per i lavori, con linee guida dell'ANAC sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui all'articolo medesimo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII.

L'art. 84, co. 2 e 8, del codice prevedono, rispettivamente, che le Linee guida individuano i livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) devono effettuare nei confronti delle imprese ai fini del rilascio delle attestazioni di qualificazione e i casi e le modalità di sospensione o di annullamento delle attestazioni.

L'art. 197 del codice stabilisce che l'attestazione del possesso dei requisiti del contraente generale avviene con le modalità di cui all'art. 84 e che le classifiche di qualificazione sono determinate dall'ANAC.

Sulla base delle disposizioni richiamate, l'Autorità ha predisposto due documenti di consultazione.⁶ Con il primo documento, finalizzato all'adozione delle Linee guida recanti «Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro», l'Autorità si prefigge di conseguire la semplificazione e razionalizzazione della procedura di attestazione, anche attraverso la previsione di sistemi informatizzati di raccolta e archiviazione dei dati e della documentazione, di individuare requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che assicurino l'effettiva affidabilità professionale del contraente e di garantire che il rilascio delle attestazioni avvenga nel possesso dei requisiti di ordine generale e speciale previsti dal codice e dalle Linee guida. Il secondo documento, colto all'adozione delle Linee guida recanti «Sistema unico di qualificazione del contraente generale», vuole fornire ai nuovi soggetti deputati all'attestazione del possesso dei requisiti di contraente generale, le Società organismi di attestazione (SOA), le indicazioni operative per una corretta qualificazione dei soggetti interessati. Al fine di garantire uniformità tra i sistemi di attestazione, per la qualificazione del contraente generale è stata adottata una procedura di qualificazione simile a quella per il conseguimento dell'attestazione di cui alle Linee guida recanti «Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro», tenendo in debito conto le peculiarità della figura del contraente generale. Si evidenzia che entrambi i documenti di consultazione tengono conto dello schema di decreto correttivo e delle pro-

⁶ Consultazioni on line del 03 aprile 2017 ed invio dei contributi da parte degli *stakeholder* entro il 03 maggio 2017.

poste di modifica al codice ivi contenute. A tal fine, le disposizioni suscettibili di eventuali modifiche e/o integrazioni sono state segnalate nel testo con appositi commenti a margine.

In conclusione dall'esegesi dell'art. 84 emerge un quadro frammentato e poco organico relativo ad un immutato sistema di qualificazione per i lavori pubblici.

La norma, la cui unica novità è rappresentata dall'aumento dei controlli sulle attività delle SOA, pare possedere esclusivamente natura programmatica.

Si può sicuramente condividere l'opinione della dottrina che ha espresso dubbi sulla inusuale funzione e sul ruolo destabilizzante e contraddittorio⁷.

2. Il Documento di Gara Unico Europeo

Il documento di gara unico europeo, che rappresenta una delle principali novità introdotte dal legislatore comunitario con le direttive del 2014, è finalizzato a semplificare la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e a diminuire gli oneri amministrativi, attraverso una riduzione del numero dei certificati e documenti da allegare all'offerta.

Il DGUE è disciplinato nel considerando 84 (art. 85) ed all'art. 59 della direttiva appalti 2014.

Il DGUE è previsto, inoltre, all'art. 1, lett. aa)⁸ della legge delega ed all'art. 85 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Il nuovo codice appalti recepisce pedissequamente, senza variazioni significative, quanto stabilito nella direttiva comunitaria.

L'art. 85 al co. 1 prevede «Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il DGUE redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione Europea».

Dall'analisi della norma non emerge con chiarezza se il DGUE possa sostituire completamente tutte le autodichiarazioni attualmente presentate dagli operatori economici o se ad esse si affianchi un modello alternativo di autodichiarazione.

Secondo una recentissima giurisprudenza⁹ il DGUE è un modello autodichiarativo introdotto dal nuovo codice appalti (art. 85) volto a semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sugli operatori economici, ma anche sugli enti aggiudicatori, che infatti sono tenuti ad accettarlo (co. 1) ma il suo mancato utilizzo non è previsto come causa di esclusione, a tal fine rilevando, ai sensi e nei limiti

dell'art. 80, solo il contenuto delle dichiarazioni in esso riportate.

Il modello di formulario del DGUE è stato approvato dalla Commissione Europea con regolamento di esecuzione del 5 gennaio 2016 ed il modello – ancora in fase di sperimentazione – è rinvenibile nella circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 18 luglio 2016.

Il comma 1 seconda parte dell'art. 85 definisce il DGUE come quel documento elettronico che sostituisce i certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, e consiste in un'autodichiarazione valida come prova preliminare del possesso dei requisiti generali (fissati all'art. 80) e dei requisiti speciali (previsti all'art. 83) nonché di ogni altro requisito fissato dalla *lex specialis*.

Infine per ottenere la massima semplificazione amministrativa, gli operatori economici, come previsto all'art. 85, co. 4, possono riutilizzare il DGUE, purché confermino l'attualità delle dichiarazioni ivi contenute.

2.1 La comprova dei requisiti

Il meccanismo previgente di comprova dei requisiti era disciplinato dal vecchio codice all'art. 48. La comprova aveva ad oggetto esclusivamente i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dalla *lex specialis*.

La stazione appaltante procedeva obbligatoriamente alla comprova dei requisiti in diverse fasi di gara:

- prima dell'apertura delle buste delle offerte nei confronti di offerenti scelti con sorteggio pubblico
- al termine delle operazioni di gara, nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo graduato, qualora gli stessi non siano stati sorteggiati nella fase iniziale.

Nel caso in cui l'offerente non riusciva a dimostrare quanto dichiarato in sede di offerta era escluso dalla gara, subiva l'escussione della cauzione provvisoria e veniva segnalato all'ANAC.

Tale meccanismo di comprova era utilizzabile esclusivamente per servizi e forniture.

Nel caso di lavori l'attestato SOA costituiva di per sé prova del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria; le stazioni appaltanti quindi verificavano esclusivamente il possesso e la validità temporale in capo dell'attestato.

La disciplina del nuovo Codice in tema di comprova dei requisiti si basa invece sul DGEU (art. 85) e sui mezzi di prova (art. 86)

Il DGUE come visto costituisce un'autodichiarazione circa il possesso dei requisiti di gara che dovrà poi essere corroborata da documenti complementari "aggiornati conformemente all'art. 86 e, se del caso, all'art. 87".

Sui documenti complementari:

- l'art. 85 co. 2 stabilisce che il DGUE fornisce le informazioni rilevanti non solo con riferimento al

⁷ MANZI, *Il Nuovo Codice dei Contratti pubblici* (a cura di Caringella - Protto) Roma 2016.

⁸ Che stabilisce: «previsione che, al fine di ridurre gli oneri documentali, i partecipanti alle gare possono utilizzare il documento di gara unico europeo (DGUE) o analogo documento predisposto dal ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per autocertificare il possesso dei requisiti».

⁹ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2017, n. 1025.

concorrente ma anche eventualmente all'ausiliario nel caso di avvalimento;

- indica l'autorità pubblica o il terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari;
- include una dichiarazione formale dell'operatore economico che si obbliga, senza indugio, a fornire i documenti complementari eventualmente richiesti.

Il comma 5 dell'art. 85 disciplina la richiesta dei documenti complementari ed in particolare:

- in qualsiasi momento nel corso della procedura, la stazione appaltante può chiedere agli offerenti tutti i documenti complementari, a condizione che la richiesta sia necessaria per assicurare il corretto svolgimento della procedura di gara. Il parametro della necessità, finalizzato a non consentire violazioni inutili del principio di celerità, impone un onere motivazionale "rafforzato" in capo alla PA che intenda procedere con la richiesta;
- prima dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante deve richiedere al primo e al secondo graduato di presentare i documenti complementari.

Da un primo raffronto tra la vecchia e la nuova disciplina emerge che la fase obbligatoria precedente all'apertura delle buste, in cui avveniva il sorteggio pubblico con successiva comprova dei requisiti entro dieci giorni, non c'è più.

Nel nuovo codice la stazione appaltante ha la mera facoltà di procedere in qualsiasi momento della procedura alla comprova dei requisiti, solo ove necessario.

La facoltà di comprova diviene obbligo quando la stazione appaltante ha individuato un offerente cui intende aggiudicare la gara.

Il mancato superamento della fase di comprova determina, nella nuova come nella vecchia, l'esclusione.

2.2 I mezzi di prova

L'art. 86 del nuovo codice recepisce l'art. 60 della direttiva 2014/24/UE, introducendo i mezzi di prova nella disciplina nazionale.

Gli offerenti, attraverso i mezzi di prova dimostrano l'assenza dei motivi di esclusione (requisiti generali ex art. 80), nonché il possesso dei requisiti strutturali ed economici (requisiti speciali).

L'esibizione dei mezzi di prova può essere richiesta dalla PA sin dalla fase di presentazione delle offerte e diviene obbligatorio nei confronti dell'aggiudicatario della procedura e del secondo classificato.

Il nuovo codice si rivolge direttamente all'offerente, chiedendogli di dimostrare quanto dichiarato in sede di gara attraverso l'esibizione dei mezzi di prova come previsto dall'art. 86.

Con riferimento alla prova del possesso dei requisiti speciali previsti dall'art. 83, la dimostrazione della capacità economica e finanziaria può essere richiesta attraverso l'esibizione di uno o più mezzi di prova in-

dicati nell'allegato XVII, parte I mentre la prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica può essere fornita esclusivamente mediante uno o più dei mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte II.

Come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere sul nuovo Codice, il vero problema sarà quello di gestire il coordinamento tra i documenti da presentare in sede di offerta, su tutti i DGUE e mezzi di prova, e l'esigenza di non appesantire troppo gli oneri amministrativi a carico degli operatori economici.

3. La Certificazione di qualità

La certificazione di qualità, al pari dell'attestato SOA, garantisce l'affidabilità dell'impresa esecutrice di appalti pubblici, anche se hanno finalità diverse.

L'attestato SOA garantisce l'affidabilità dell'impresa dal punto di vista della capacità strutturale, mentre le certificazioni di qualità assicurano l'esecuzione dell'appalto secondo un livello minimo di prestazioni in conformità a parametri qualitativi ed ambientali predefiniti.

Specificamente la certificazione del sistema di gestione garantisce che i processi di realizzazione del prodotto/servizio siano sotto controllo e condotti con sistematicità.

I due certificati sono strettamente legati per gli appalti dei lavori.

L'art.84 co. 4 lett. c) stabilisce che la certificazione di qualità viene "attestata" dalla SOA sicché costituisce una condizione imprescindibile per ottenere l'attestato.

Di conseguenza nei lavori il certificato di qualità deve essere sempre posseduto dall'impresa ed attestato dalla SOA mentre per i servizi e forniture la richiesta della certificazione di qualità è rimessa all'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante.

Il soggetto certificatore, una volta riscontrata la rispondenza tra quanto descritto nei documenti e la prassi quotidiana, rilascerà la certificazione, mantenendo nel tempo un controllo sull'impresa, mediante il potere di annullare il certificato rilasciato in presenza di anomalie tali da compromettere la garanzia della qualità.

La procedura di valutazione dei sistemi di qualità aziendali è regolamentata attraverso le seguenti fasi: istruttoria, ispezione a fini valutativi, rilascio di un certificato di conformità, visite di sorveglianza.

I principali sistemi di gestione presenti sul mercato sono QMS, EMAS, OHSAS, ISMS.

Con l'acronimo QMS si intendono i sistemi di gestione per la qualità che sono regolati dalle norme quadro della serie ISO 9000. Tale certificazione assicura la capacità di un operatore economico di strutturarsi e gestire le proprie risorse ed i propri processi produttivi.

La certificazione EMAS (*Eco Management and Audit Scheme*) garantisce la presenza di sistemi di gestione ambientale ed è regolata dalla norma ISO 14001.

La gestione della salute e della sicurezza sul lavoro è prevista dai certificati OHSAS regolata da ISO 45001.

La certificazione di sistemi di gestione per la sicurezza delle informazioni (ISMS) è regolata dalla normativa quadro della serie ISO 27000.

La disciplina della certificazione di qualità nel vecchio codice era differente per appalti di lavori, servizi e forniture.

Nell'ipotesi dei lavori pubblici il possesso della certificazione di qualità era elemento dirimente per la procedura di rilascio dell'attestato SOA. Difatti ai sensi dell'art. 63, co. 1 del Regolamento, ai fini dell'ottenimento dell'attestazione di qualificazione SOA le imprese dovevano "possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie Uni En ISO 9000".

Inoltre la certificazione di qualità riguardava, nel suo complesso l'intera organizzazione di impresa, essendo riferibile «alla globalità delle categorie e classifiche».

Dello stesso avviso era l'AVCP, secondo cui «il possesso del sistema di qualità deve risultare dall'attestazione SOA»¹⁰.

Quindi la certificazione di qualità nell'ambito degli appalti di servizi e forniture costituiva un requisito di capacità tecnica¹¹ degli operatori economici e dunque requisito di ammissione alle procedure di gara ai sensi degli artt. 42, 43, 44 vecchio codice.

Le previgenti norme prevedevano l'obbligo per gli operatori economici di presentare certificati rilasciati da organismi accreditati. Tuttavia se l'operatore economico non disponeva di una certificazione poteva dimostrare con altri mezzi l'impiego di equivalenti misure di garanzia della qualità del prodotto.

Il nuovo codice, come da indicazioni contenute nella direttiva 2014 all'art. 62, ha disciplinato le certificazioni all'art. 87.

Il co. 1, in merito alla qualità esprime una preferenza per le certificazioni rilasciate da organismi accreditati che utilizzano le norme europee in materia, pur prevedendo, da un lato l'obbligo delle stazioni appaltanti di riconoscere i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri, dall'altro la possibilità di ammettere "altre prove" relative all'impiego di equivalenti misure di qualità.

A differenza di prima viene attribuita la possibilità di ammettere in gara gli operatori economici che non dispongono nei tempi richiesti di certificati di qualità per motivi di tempo a loro non imputabili. La possibilità di essere ammessi è tuttavia legata all'esibizione di certificati di qualità alternativi.

Nel sistema previgente, invece a prescindere dalla colpa, in ogni caso l'operatore economico aveva la

possibilità di presentare eguali certificazioni idonee a soddisfare le richieste della stazione appaltante.

L'art. 87, co. 2, prevede la facoltà in capo alla stazione appaltante di stabilire nella *lex specialis* il necessario rispetto di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale.

Il nuovo codice estende la possibilità di richiedere la certificazione di gestione ambientale ad ogni tipo di appalto (lavoro, servizi e forniture).

L'art. 87, co. 2, in materia di gestione ambientale, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 34 del nuovo codice che prevede «i criteri di sostenibilità energetica ed ambientale».

Le certificazioni ambientali sono delineate da un lato come requisito di partecipazione, che incide sull'ammissione, dall'altro come criterio ponderale in sede di attribuzione del punteggio che incide sull'aggiudicazione.

Questa duplice e contraddittoria previsione normativa mette alla prova la tenuta del sistema con riferimento al consolidato principio che vieta la commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione delle offerte

La giurisprudenza amministrativa ha più volte censurato la commistione tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta¹².

3.1 L'avvalimento della certificazione di qualità aziendale

La certificazione di qualità aziendale è stata al centro di un serrato contrasto all'interno della giurisprudenza amministrativa in ordine all'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento.

Nello specifico l'ANAC nella determina n. 2 del 2012 riconduceva la certificazione di qualità ad un requisito soggettivo, come tale insuscettibile di avvalimento stante la sua intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità.

L'Autorità Garante affermava che la «certificazione in questione è un requisito connotato da un'implicita soggettività e come tale non cedibile ad altre organizzazioni se disgiunta dall'intero complesso aziendale in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità» sottolineando che «la certificazione di qualità non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del Codice, ma risulta disciplinata da un altro articolo del Codice, l'art. 43».

Ai medesimi approdi interpretativi dell'ANAC¹³ anche il Consiglio di Stato III sezione con decisione 5695/2014 che ha anche precisato che non possa ac-

¹⁰ Cfr. AVCP, deliberazione n. 198 del 14 giugno 2007.

¹¹ COLOMBO *La certificazione di qualità quale requisito tecnico per partecipare alle gare*, in *Diritto e Pratica Amministrativa Il Sole 24 Ore*, gennaio 2013.

¹² Cons. Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187.

¹³ T.a.r. Piemonte, 29 gennaio 2016, n. 154.

cordarsi assoluta e incondizionata prevalenza al principio del *favor participationis* di fronte all'esigenza di assicurare il possesso di minimi *standards* di qualità in capo a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo, possesso dimostrato proprio dalla certificazione ISO 2001.

Tale orientamento interpretativo è stato avvertito da pronunce di segno opposto del medesimo GA¹⁴.

Di particolare interesse quanto stabilito dal Consiglio di Stato, V sezione, con decisione 3949 del 24 luglio 2014 secondo cui «la certificazione di qualità, essendo connotata dal fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anche esso requisito di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico-professionale dell'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto».

La disputa giurisprudenziale è stata risolta dal Nuovo Codice dei Contratti.

La nuova disciplina dell'avvalimento, all'art. 89, co. 1 prevede che gli operatori economici possano utilizzare l'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso dei requisiti previsti all'art. 83, co. 1 lett. b) e c) nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84.

Ebbene, la mancata indicazione della possibilità di avvalersi dei certificati di cui all'art. 87 potrebbe far concludere circa l'inapplicabilità dell'istituto alla fattispecie considerata.

Ciò nonostante il dato testuale va confrontato con l'art. 84 co. 4 lett. c) che prevede l'obbligo per le SOA di attestare il possesso della certificazione di qualità; di conseguenza quando l'avvalimento riguarda il settore dei lavori e quindi l'attestato SOA, potrebbe ritenersi che il beneficiario si avvalga anche della certificazione di qualità.

Resta aperta la questione per gli appalti di servizi e forniture.

4. L'Avvalimento. Art. 89

L'istituto dell'avvalimento, derivante dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, ha la finalità di consentire all'operatore economico, singolo o in raggruppamento, che sia privo dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti dalla *lex specialis*, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, in coerenza con il principio di matrice comunitaria di *favor participationis*.

Il legislatore non dà una nozione espressa dell'avvalimento ma si limita a stabilire che “il concorrente

singolo, consorziato o raggruppato poteva soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (economici, finanziari, tecnici, organizzativi) avvalendosi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

La nuova disciplina dell'avvalimento contenuta negli articoli 38, commi 2, 3 della direttiva 2014/23 UE e 63 della direttiva 2014/24/UE e 79 della direttiva 2014/25/UE ha tentato di positivizzare le novità giurisprudenziali della Corte del Lussemburgo attraverso il recepimento di principi e precedenti divenuti oramai, in materia, dettami di diritto comunitario.

Il nuovo art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, pur riproducendo buona parte della disciplina dettata dall'art. 49, tralascia di recepire per un verso parte delle disposizioni sull'avvalimento contenute nelle direttive sopra richiamate e, per altro verso, le disposizioni contenute nell'art. 50 vecchio codice (rubricato “avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione) e negli artt. 88 e 104 (entrambi titolati “contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento”) contenute nel d.P.R. 207/2010 (recante il regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 163/2006).

Tale vuoto normativo potrebbe, tuttavia, essere in parte colmato dagli interventi che saranno introdotti da ciascuna autorità competente (ANAC e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) anche ai sensi dell'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

La disciplina dell'avvalimento è contenuta nell'art. 89 del d.lgs. 50/2016 che recepisce, in modo non organico, le disposizioni di cui all'art. 38, comma 2 e 3 della direttiva 2014/23/UE e di cui all'art. 79 della direttiva 2014/25/UE.

Segnatamente, ai sensi dell'art. 89 nuovo Codice, e come previsto dalla precedente disciplina è consentito ad un operatore economico, privo di determinati requisiti economici, finanziari, tecnici e professionali richiesti ai fini della partecipazione ad una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico, di avvalersi della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi (comma 2) e con i quali rimarrà obbligato in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (comma 5).

Inoltre vengono riaffermate le regole che

- 1) l'impresa ausiliaria non si possa avvalere più di un concorrente;
- 2) l'ausiliaria non possa partecipare in proprio alla gara;
- 3) gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti dell'impresa ausiliaria, in ragione dell'importo dell'appalto;
- 4) l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali;

¹⁴ Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2010, n. 2344; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n° 5408; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860.

- 5) non è ammesso quando l'oggetto dell'appalto o della concessione siano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali;
- 6) il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante (comma 4 art. 49 vecchio codice);
- 7) il contratto è eseguito dall'impresa che partecipa alla gara alla quale viene rilasciato il certificato di esecuzione e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 10 art. 49 vecchio codice).

L'art. 89 ripropone, altresì, l'onere in capo al concorrente e alla società ausiliaria di allegare all'offerta:

- 1) una dichiarazione del concorrente attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
- 2) l'attestazione soa dell'impresa ausiliaria;
- 3) la 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;
- 4) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata né si trova in una situazione di controllo con una delle imprese che partecipano alla gara;
- 5) il contratto di avvalimento in copia autentica o in originale in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti richiesti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

In caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante esclude il concorrente ed escute la garanzia (comma 1), ferma restando l'applicazione dell'art. 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori.

Il comma 7 esclude categoricamente che l'impresa ausiliaria possa prestare il suo ausilio a più concorrenti.

Quid iuris nel caso in cui l'impresa ausiliaria effettui una dichiarazione mendace in ordine all'esclusività del suo ausilio in favore di un'impresa?

Il codice prevede e disciplina esclusivamente -al comma 1- il caso della dichiarazione mendace effettuata dal concorrente stabilendo delle sanzioni a suo carico (esclusione ed escussione della garanzia) e facendo salvo l'applicazione del comma 12 dell'art. 80 (nei confronti dei sottoscrittori) il quale pone un obbligo a carico delle stazioni appaltanti di effettuare segnalazione all'Autorità che, se ritiene siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di su-

bappalto fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Il primo comma dell'art. 89 sembra essere dettato per regolamentare esclusivamente i casi di mendacità del concorrente; in fase di presentazione delle offerte il concorrente non può verosimilmente avere contezza della veridicità della dichiarazione effettuata dall'impresa ausiliaria, specie nelle ipotesi in cui l'ausiliaria presti il proprio ausilio in favore di altre concorrenti.

Ne discende quindi che le sanzioni previste -esclusione- ma soprattutto l'escussione della cauzione appaiono non esattamente modulate in relazione a tale fattispecie ed eccessive per una mendacità affatto riconducibile al concorrente.

Forse una corretta soluzione sarebbe stata quella di prevedere la esclusione per il concorrente ed una somma pari a quella della garanzia da escutere a carico dell'ausiliaria. Si sarebbe così bilanciata la distribuzione delle sanzioni e soprattutto l'onere economico avrebbe posto maggiore attenzione in capo alle imprese ausiliarie nel rendere correttamente le dichiarazioni.

4.1 Le novità

Le novità introdotte dall'art. 89 del codice sono:

- la possibilità per l'impresa concorrente di avvalersi dei criteri relativi all'indicazione di titolo di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lett. f), o alle esperienze professionali pertinenti, della società ausiliaria solo ove quest'ultima esegua direttamente il lavoro o i servizi per cui tali capacità sono richieste (commi 1 e 2);
- il potere/dovere della stazione appaltante di verificare se l'impresa ausiliaria soddisfi i pertinenti criteri di selezione o se sussistano motivi obbligatori di esclusione (comma 3);
- il potere/dovere della stazione appaltante di imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per la quale sussistano motivi obbligatori di esclusione;
- nel caso di appalti di lavori, di prestazione di servizi e operazioni di posa in opera le stazioni appaltanti possono prevedere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un rti, da un partecipante al rti (comma 4);
- la possibilità che il soggetto ausiliario assuma il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (comma 8);
- l'onere della stazione appaltante di trasmettere all'ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario; ciò al fine di consentire all'ANAC l'esercizio dei poteri di vigilanza che le spettano nonché il rispetto dei principi di pubblicità,
- in relazione a ciascun affidamento, il potere/dovere della stazione appaltante di eseguire in corso

di esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto; spettando al RUP eseguire i relativi accertamenti nel corso d'opera circa l'utilizzo delle risorse e mezzi messi a disposizione del soggetto ausiliario (comma 9);

- il divieto a far ricorso all'avvalimento (che non trova corrispondenze nella direttiva 24) per gli appalti e le concessioni dei lavori qualora l'opera sia tecnicamente complessa o di notevole contenuto tecnologico (strutture, impianti e opere speciali) il cui valore sia superiore al 10% dell'importo totale dei lavori (comma 11);
- l'avvalimento plurimo o multipli.

È stato espressamente previsto l'avvalimento plurimo – risolvendo così molti problemi – e si è negato l'avvalimento a cascata¹⁵ nel senso che l'impresa ausiliaria non può avvalersi a sua volta di altro soggetto per fornire i requisiti richiesti dalla gara.

È invece ammesso il subappalto nei confronti dell'impresa ausiliaria nei limiti dei requisiti prestati mentre non è ammessa la possibilità che la stessa impresa ausiliaria fornisca i requisiti a più imprese partecipanti.

La norma in esame non considera invece l'avvalimento frazionato, ossia l'ipotesi in cui l'impresa concorrente si avvalga di più imprese ausiliarie, nessuna delle quali raggiunge i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, per cui sarebbe necessario sommare ai propri requisiti quelli di una o più imprese (ipotesi che aveva dato luogo a contrasti tra la giurisprudenza comunitaria¹⁶ e quella nazionale¹⁷).

Tuttavia il fatto che la norma si limiti ad affermare che è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie senza fissare la regola che almeno una debba possedere per intero i requisiti richiesti, lascia ritenere che sia ammesso in linea di principio anche l'avvalimento frazionato, a meno che la stazione appaltante lo escluda, con espressa motivazione, per una specifica gara. In verità, come posto in luce dal Giudice Amministrativo¹⁸ la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'ammissibilità del c.d. "avvalimento plurimo o frazionato" e che tale orientamento è vincolante per il giudice nazionale.

A tal fine si rammenta la possibilità per la stazione appaltante di esigere nel caso di avvalimento: - specifici requisiti di capacità economica e finanziaria (il c.d. avvalimento di garanzia; che nel caso di appalti di lavori, di servizi e di operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura) di

pretendere che talune prestazioni siano direttamente svolte dal concorrente aggiudicatario.

Talchè nelle gare di appalto l'integrazione dei requisiti minimi di capacità imposti dalla P.A. può essere dimostrata sia utilizzando l'avvalimento frazionato che l'avvalimento plurimo perché ciò che rileva è la dimostrazione da parte del candidato o dell'offerente, che si avvale delle capacità di uno o svariati altri soggetti, di poter disporre effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto¹⁹.

Comunque dall'esame delle novità introdotte dalle direttive comunitarie e dal d.lgs. 50/2016 emerge un impianto dell'istituto più delineato e completo in cui viene specificato l'ambito applicativo dell'avvalimento e dei requisiti avvalsi. Inoltre viene attribuita alla stazione appaltante una maggiore discrezionalità nello stabilire di volta in volta nella *lex specialis* di gara limiti all'utilizzo ovvero alle percentuali di prestazioni oggetto dell'avvalimento, nonché un maggiore potere di controllo e vigilanza della società ausiliaria.

Rispetto agli artt. 49 e 50, l'art. 89 impone alla stazione appaltante di valutare nello specifico i requisiti e i mezzi messi a disposizione del soggetto ausiliario nonché il rapporto giuridico posto a fondamento dell'accordo di avvalimento (noleggino, affitto, accordo di rete).

L'impresa ausiliaria, infatti, deve svolgere la prestazione direttamente, utilizzando le proprie risorse umane e strumentali, in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

4.2 Normativa precedente

L'avvalimento, oltre ad essere un contratto particolare, assumeva anche i contorni di un subprocedimento²⁰ che si apriva con la dichiarazione di avvalimento da parte dell'impresa concorrente e si inseriva nel più ampio procedimento concorsuale dell'evidenza pubblica.

Il contratto di avvalimento poteva avere ad oggetto (come ora) sia la capacità di finanziamento dell'opera e dunque il credito di cui gode l'impresa, sia la solidità economica a garanzia patrimoniale della PA, sia le risorse tecniche.

L'art. 49 disciplinava l'istituto dell'avvalimento in relazione ad una specifica gara di lavori servizi e forniture, consentendo al partecipante di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo richiesti dal bando.

La norma in esame conteneva un lungo elenco di documenti che il concorrente doveva produrre alla PA per dimostrare i requisiti richiesti dal bando mediante l'utilizzazione del contratto di avvalimento e al tempo

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 07 marzo 2014, n. 1072.

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 10 ottobre 2013, n. C-94/12.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 09 dicembre 2013, n. 5874; Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565.

¹⁸ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic. Ordinanza 15 gennaio 2015, n. 1; Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2220.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 05 dicembre 2014, n. 5987.

²⁰ G. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016.

stesso di consentire alla stazione appaltante di verificare la consistenza la natura e l'ampiezza.

L'art. 50 disciplinava l'istituto dell'avvalimento nell'ambito dei sistemi di qualificazione fissando taluni principi tesi a restringere la possibilità di conseguire l'attestazione SOA mediante l'uso dell'istituto in esame, ovvero era consentito avvalersi dei requisiti altrui solo nell'ambito dei rapporti fra gruppi societari. Il regolamento di esecuzione 207/2010, oggi abrogato sul punto, si occupava dell'avvalimento all'art. 88 disciplinando il contratto e la qualificazione nel dettaglio.

Il nuovo codice, pur abrogando il regolamento in parola, dispone che esso continua ad applicarsi anche per il futuro fino a che non saranno emanati gli atti attuativi (linee guida, atti ministeriali) nel senso che vi sarà un abbattimento a step delle norme abrogate rispetto alle nuove.

Deve essere segnalato che con decreto legge 90/2014 era stato introdotto il comma 1-*bis* all'art. 49 che stabiliva che «il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'art. 212 del d.lgs. 152/2006». Il divieto di avvalimento per il soddisfacimento del requisito di iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali è stato riproposto al comma 9 del nuovo art. 89.

Sul punto il Consiglio di Stato²¹ ha affermato che «l'iscrizione all'Albo dei Gestori ambientali è un requisito speciale di idoneità professionale che va posseduto già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non già al mero momento di assumere il servizio, allora ottenuto – e sempre che poi possa essere ottenuto – dopo aver partecipato con sperato successo alla competizione pur senza aver ancora questa certificata professionalità. In tal senso, a nulla rileva la circostanza che il bando non rechi una espressa previsione circa il possesso di tale requisito».

Evidente la volontà del legislatore di escludere in siffatta materia la possibilità di coinvolgere negli appalti soggetti diversi dai partecipanti alla gara, normalmente scelti tra imprese i cui requisiti sono stati già valutati a monte al momento dell'iscrizione all'albo nazionale.

Il fondamento dell'istituto va ricercato nel principio comunitario secondo cui bisogna assicurare la più ampia partecipazione del sistema delle imprese al mercato delle grandi commesse pubbliche.

Naturalmente il lodevole intento del legislatore non ha escluso il pericolo di una utilizzazione distorta dell'istituto: specie a proposito del contratto avente ad oggetto il transito della SOA da un'impresa all'altra, può essere concreto il pericolo che l'impresa operi come una sorta di holding, sfuggendo al meccanismo della qualificazione SOA, ossia operando come se possedesse quei requisiti che mai l'impresa di attestazione OA gli avrebbe riconosciuto.

Per contro l'impresa ausiliaria potrebbe limitarsi a svolgere l'attività definita di "avvalificio"²² ossia di cessione sistematica della propria qualificazione -dato che il contratto si presume oneroso- senza avvertire mai la convenienza di una partecipazione diretta all'offerta pubblica di lavori servizi e forniture, violando così, per altra via, il principio comunitario nel cui nome l'istituto è sorto, che vuole garantire la più ampia partecipazione alle gare e all'esecuzione dei lavori pubblici.

4.3 Subappalto

L'impresa ausiliaria può "doppiare" l'originario rapporto scaturente dal contratto con quello proprio derivante dal contratto di subappalto.

Questo si ricava agevolmente già dalla disposizione di cui all'art. 49, comma 10, ultima parte.

Il nuovo codice elimina ogni incertezza laddove stabilisce all'art. 89, comma 8, che «il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

In sostanza si pone l'accento sulla circostanza che il contratto di appalto è stipulato dal concorrente aggiudicatario e che solo questi può essere l'esecutore del contratto medesimo. L'impresa ausiliaria può, al più, assumere il ruolo di «subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

Parrebbe quasi che la società ausiliaria sia posta alla stregua di un subappaltatore. In verità l'avvalimento è un istituto concepito in soccorso al concorrente sprovvisto dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, mentre il subappalto rappresenta una modalità organizzativa dell'eventuale esecuzione dell'appalto.

Si tratta come è ovvio di due istituti sostanzialmente differenti.

Da quanto precede è agevole ravvisare come, pur in assenza di coordinamento tra le norme che disciplinano i due istituti, in particolare con riferimento ai limiti percentuali del subappalto, non sembra possano esserci dubbi sull'applicabilità, nei limiti sopra descritti, della disciplina del subappalto.

Dunque la società ausiliaria potrà assumere nei rapporti con la stazione appaltante la doppia veste di impresa ausiliaria e subappaltatore.

4.4 Obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria

L'art. 89 recepisce al comma 3 l'obbligo di sostituzione dell'impresa ausiliaria in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti da parte di quest'ultima.

Si tratta di una novità normativa rilevante, che consente di dare maggiore rilievo agli aspetti sostanziali e non formali delle problematiche che possono coinvolgere la società ausiliaria, attribuendo alla sta-

²¹ Cons. Stato, sez. V, 06 aprile 2017, n. 1825.

²² Prof. G. P. CIRILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 08 aprile 2016.

zione appaltante di imporre al concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti di partecipazione alla gara.

L'attuale normativa riprende in modo puntuale la norma comunitaria di cui all'art. 63²³ della Direttiva 2014/24/UE.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 permanevano forti dubbi sulla possibilità di procedere alla modifica dell'impresa ausiliaria per sopravvenuta carenza dei requisiti di partecipazione soggettivi o oggettivi²⁴.

Dunque, ai sensi dell'art. 89, la stazione appaltante verifica se la società ausiliaria soddisfa i criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80, imponendo al concorrente, in caso di esito negativo di tale verifica, la sostituzione dell'impresa ausiliaria.

Si tratta di una *culpa in eligendo* nella scelta dell'impresa ausiliaria da parte del concorrente che non può, tuttavia, inficiarne la partecipazione alla gara.

Ed infine si segnala che la *lex specialis* di gara può indicare ipotesi in cui il concorrente è obbligato a sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purchè si tratti di requisiti tecnici.

Sul punto si segnala l'ordinanza del C.d.S., sez. IV, del 15 aprile 2016, n. 1522 con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno posto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il seguente quesito «se gli artt. 47 e 48 della Direttiva 2014/18/CE, come sostituiti dall'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una possibilità per l'operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale "impresa ausiliaria", che abbia perduto o abbia visto ridurre i requisiti di partecipazione, e quindi comporti l'esclusione dell'operatore economico dalla gara per fatto a lui non riconducibile né oggettivamente né soggettivamente».

Nel caso di specie il Consiglio di Stato si è trovato ad affrontare il problema di un'impresa ausiliaria che, nel corso della gara, aveva perduto la qualificazione per la classifica d'importo richiesta (VIII) risultando così qualificata per classifica ben inferiore (IV), e che tale circostanza implicasse quindi la perdita in capo alla mandante e quindi in capo al RTI dei requisiti di partecipazione, da possedersi per l'intera durata del procedimento e sino all'aggiudicazione e alla stipula del

contratto. A parere del primo giudice a nulla rilevava le deduzioni del rti ricorrente principale circa la riferibilità del fatto a causa di forza maggiore, né precisata, né provata, e comunque trattandosi di circostanza riconducibile a *culpa in eligendo* nella scelta dell'impresa ausiliaria, né aparendo applicabile in quanto non ancora recepito né recante disciplina dettagliata, l'invocato art. 69 della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, e, infine, non potendosi invocare applicazione analogica della norma eccezionale e di stretta interpretazione dell'art. 37, commi 18 e 19, d.lgs. 163/2006.

4.5 Natura del contratto di avvalimento

L'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza circa la natura giuridica del contratto ha portato alla necessità di misurarsi con altre figure affini.

Un orientamento giurisprudenziale ha qualificato l'avvalimento come un contratto atipico²⁵ in cui il contratto concluso dalle parti può essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi; all'aticipicità del contratto di avvalimento in esame accede l'assenza di alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo²⁶.

Altri orientamenti hanno assimilato il contratto in questione a quello di mandato, di affitto di azienda; istituti che per un verso o per l'altro non sono adattabili al contratto in questione.

Sulla natura del contratto di avvalimento ed alla luce dell'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente²⁷ si evincono come oramai consolidati i "canoni di validità" del contratto di avvalimento, quale strumento di derivazione europea, mediante il quale operare il cd. "prestito dei requisiti" e favorire la più ampia partecipazione alle gare di appalto. Il livello di "specificità" dell'oggetto del contratto di avvalimento (ovvero della indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa concorrente da parte dell'impresa ausiliaria) va modulato alla luce della funzione cui tale requisito di "determinatezza" è richiesto, che è quella di "rendere concreto e verificabile dalla stazione appaltante il prestito del requisito" allo scopo di consentire alla medesima stazione appaltante, in caso di patologia del rapporto contrattuale oggetto di appalto, di far leva sulla (diretta) responsabilità solidale di cui all'art. 49 comma 4 del d.lgs. 163/2006 dell'impresa ausiliaria.

Alla luce dei criteri civilistici di interpretazione contrattuale (ed *in primis* di quello emergente dal

²³ L'art. 63 della Direttiva 24 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli artt. 59, 60 e 61 della direttiva 24, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'art. 57. L'amministrazione impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistano motivi obbligatori di esclusione.

²⁴ Cfr. recente ordinanza del Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2016, n. 1522.

²⁵ T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, n. 2320/2010; sez. I, 28 marzo 2012, n. 607; T.a.r. Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 443; T.a.r. Veneto, sez. I, 20 ottobre 2010, n. 5528; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 03 dicembre 2009, n. 12455.

²⁶ Cfr. T.a.r. Lazio, sez. II, 04 maggio 2010, n. 9512.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, 23 ottobre 2014, n. 5244.

“senso letterale delle parole” cfr. artt. 1362 e 1363) si desume la immediata efficacia obbligatoria tra le parti del predetto contratto, il quale non risulta subordinato ad alcuna condizione, qualificabile come potestativa o meramente potestativa *ex art. 1355 c.c.*

L'indagine a compiersi sulle clausole del contratto di avvalimento deve essere rivolta a verificare se vi sia un regolamento pattizio meramente potestativo, rimesso all'esclusiva volontà dell'ausiliaria, atteso che vi è schema “trilaterale” del contratto di avvalimento²⁸.

L'ausiliaria si deve direttamente impegnare con dichiarazione ritualmente sottoscritta *ex art. 49*, comma 2, lett. d) anche verso la stazione appaltante; in sostanza l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente²⁹.

Le risorse non debbono essere né apparire “indeterminate” atteso che il contratto e la dichiarazione debbono contenere una specifica elencazione delle risorse umane, materiali e organizzative, oggetto di specifico obbligo di fornitura per tutta la durata dell'appalto; i mezzi e le attrezzature debbono essere indicati con un dettaglio tale da escludere ogni dubbio circa la genericità o indeterminatezza dell'oggetto del contratto, tenendo conto dell'approccio funzionale e costituendo tale grado di concretezza prova più che adeguata della “serietà” dell'impegno e della effettiva messa a disposizione dei mezzi in favore dell'ausiliata.

Deve precisarsi che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88 d.P.R. 207/2010, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo nella misura richiesta.

Sicché, dato che l'elemento caratterizzante l'istituto è costituito proprio dall'estraneità della PA rispetto all'originario contratto di avvalimento e dell'estraneità dell'impresa ausiliaria rispetto allo svolgimento della gara e al successivo contratto di appalto, sembra inevitabile il richiamo allo schema generale del contratto a favore del terzo o della promessa del fatto del terzo.

Lo schema della promessa del fatto del terzo³⁰, almeno nella fase di partecipazione alla gara è l'unico che consente di giustificare la persistente estraneità dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante per l'intera durata dell'appalto, «anche se non va sottaciuto che in caso di aggiudicazione, va stipulato il contratto di appalto, da cui dovrà risultare quanto contenuto nell'originario contratto di avvalimento per individuare quanto dovrà essere eseguito dall'impresa aggiudicataria con mezzi propri e quanto, invece con i

mezzi messi a disposizione dall'impresa ausiliaria. Tale innesto contrattuale sarà particolarmente utile anche ai fini del controllo sull'esecuzione dei lavori, che il nuovo codice vuole sia particolarmente severo proprio in presenza di un avvalimento.

In conclusione nell'avvalimento assume un ruolo centrale la dichiarazione di avvalimento dell'impresa partecipante che apre sia la serie subprocedimentale sia la serie negoziale e si modella sulla struttura di base della promessa del fatto del terzo. In tale quadro si giustifica anche la responsabilità solidale imposta dalla legge ad entrambe le imprese».

Il nuovo codice, in relazione all'oggetto dell'avvalimento, richiede un rigore particolare perché da esso la stazione appaltante verifica la serietà dell'impegno.

Pertanto esso deve obbedire rigorosamente ai criteri codicistici della possibilità economica e della determinatezza, oltre che della liceità.

Sicché bisogna indicare nel dettaglio le risorse ed i mezzi prestati; l'indicazione deve essere ancor più puntuale quando l'oggetto dell'avvalimento sia costituito dalla certificazione di qualità o da certificati attestanti il possesso di un'adeguata organizzazione imprenditoriale. Difatti la giurisprudenza in passato si è mostrata particolarmente severa nel verificare che si realizzasse l'effettivo impiego delle risorse nell'esecuzione dell'appalto, escludendo l'avvalimento “a cascata” e richiedendo il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnico-professionale per eseguire le prestazioni.

Ciò porta a verificare che con il contratto in esame si realizzi anche un effetto reale e non solo obbligatorio, laddove per l'intera durata dell'appalto le risorse promesse dall'impresa ausiliaria siano staccate dal complesso aziendale e destinate esclusivamente all'esecuzione dell'appalto, con l'impossibilità di utilizzarle nella normale attività aziendale dell'impresa ausiliaria: si pensi alla manodopera, ai macchinari o ai laboratori; lo stesso dicasi nel trasferimento del titolo di qualificazione.

4.6 La forma del contratto

Solitamente per il contratto successivo all'aggiudicazione è richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

Prevalente è l'indirizzo secondo cui (in assenza della norma) la forma scritta è richiesta ai fini della prova e non anche della validità del negozio.

L'Adunanza Plenaria del C.d.S., con sentenza n. 23 del 04 novembre 2016, ha ritenuto che il contratto di avvalimento – contratto atipico e oneroso che presenta tratti propri del contratto di mandato e dell'appalto di servizi – debba rispondere ai requisiti di cui all'art. 1346 c.c., sicché è sufficiente che l'oggetto sia determinabile, dovendosi invece escludere la nullità del contratto in ragione della non immediata determinatezza dell'oggetto.

Più in particolare, la prescrizione secondo cui il contratto di avvalimento debba riportare «in modo

²⁸ Cfr. T.a.r. Reggio Calabria, 26 febbraio 2015, n. 431.

²⁹ Cfr. T.a.r. Sardegna 794/2012.

³⁰ Pres. G. P. CIRILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma 08 aprile 2016.

compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse ed i mezzi prestati in modo determinato e specifico (art. 88 d.P.R. 207/2010) non costituisce un vincolo di forma la cui violazione possa implicare la nullità del contratto». Al contrario, è sufficiente ai fini della validità del negozio, che la parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, in ipotesi non puntualmente determinata sia comunque determinabile.

5. Conclusioni

Pur essendo stato approvato il nuovo codice sugli appalti pubblici bisognerà attendere:

- l'emanazione delle linee guida;
- la decisione dell'Adunanza Plenaria sulla questione rimessa con ordinanza n. 52/2016 da parte del Consiglio di giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana relativa all'ipotesi se l'istituto del soccorso istruttorio possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto;
- la decisione della Corte di Giustizia Europea sulla questione rimessa con ordinanza del 15 aprile 2016 n.1522 se sia conforme al diritto comunitario escludere la possibilità di indicare un'impresa ausiliaria diversa da quella indicata in sede di aggiudicazione.

Luca Longhi

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Pegaso

La determinazione della tariffa del servizio idrico integrato oggi tra Comuni, Enti d'Ambito e AEEGSI.

Nota a T.a.r. Lombardia, sez. II, 27 settembre 2016, n. 1749

abstract

Cette note analyse une décision récente du Tribunal Administratif de la Région Lombardie sur la détermination des tarifs des services d'eau à la lumière du referendum sur l'eau bien commun. Il s'agit d'une question encore ouverte depuis 2011 en attendant une nouvelle loi nationale sur le service d'eau.

keywords

Service d'eau – Détermination des tarifs – Compétences de l'Autorité pour l'énergie électrique et le gaz.

abstract

La presente nota esamina una recente decisione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia avente ad oggetto la determinazione delle tariffe del servizio idrico alla luce dei cd. referendum sull'acqua bene comune. Si tratta di una questione ancora irrisolta dal 2011 in attesa di un intervento di riordino della materia da parte del legislatore nazionale.

parole chiave

Servizio idrico integrato – Determinazione della tariffa – Competenze dell'AEEGSI.

Determinazione della tariffa del servizio idrico integrato – Secondo quesito del referendum del 2011 – Obblighi dei soggetti competenti – Competenze dell'AEEGSI – Natura sanzionatoria della determinazione forfettaria.

Tariffa servizio idrico integrato – Determinazione – Metodo

Il metodo di determinazione forfettaria della tariffa del servizio idrico integrato costituisce soluzione di *extrema ratio*, percorribile solo nel caso in cui i dati messi a disposizione dai soggetti competenti (Ente d'ambito o Comune) non consentano di ricostruire i costi sostenuti per l'erogazione del servizio.

T.a.r. Lombardia, sez. II, 27 settembre 2016, n. 1749

(omissis)

Fatto e diritto

1. Con il ricorso in esame, il Comune di Cerialle (SV) impugna principalmente la delibera dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (d'ora innanzi anche "AEEGSI" o "Autorità") n. 361/2015/R/I del 16 luglio 2015, con la quale è stata determinata la tariffa del servizio idrico integrato gestito dal predetto Comune per le annualità 2012-2015.

2. In particolare, con la citata delibera, l'AEEGSI ha stabilito di fissare la tariffa d'ufficio, e ciò in ragione del mancato invio, da parte del ricorrente, di tutta la documentazione e di tutte le informazioni richiestegli in sede procedimentale, applicando, ai fini del calcolo, un coefficiente moltiplicativo (pari a 0,9) alla tariffa vigente nel precedente periodo regolatorio (l'ammontare della nuova tariffa è dunque inferiore del 10 per cento rispetto a quella previgente).

3. Si è costituita in giudizio, per resistere al gravame, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico.

4. La Sezione, con ordinanza n. 1401 del 29 ottobre 2015, ha accolto l'istanza cautelare.

5. In prossimità dell'udienza di discussione del merito, le parti hanno depositato memorie, insistendo nelle loro conclusioni.

6. Tenutasi la pubblica udienza in data 30 giugno 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Prima passare all'esame delle questioni sottoposte all'esame del Collegio, è opportuno effettuare una sintetica illustrazione del quadro giuridico e fattuale su cui si innesta la presente controversia.

8. Come ormai noto, l'art. 21, comma 19, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha trasferito all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico le funzioni di regolazione e di controllo in materia di servizi idrici; fun-

zioni in precedenza attribuite, in base al decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106, ad una apposita agenzia mai divenuta operativa.

9. Fra le funzioni trasferite, vi è quella di predisposizione del metodo tariffario, di cui all'art. 10, comma 14, lett. d), del suddetto decreto-legge n. 70 del 2011 (atto con il quale si definiscono, in sostanza, i criteri e le procedure funzionali alla determinazione delle tariffe), nonché quella di approvazione delle tariffe stesse.

10. L'art. 29, comma 19, del decreto legge n. 201 del 2011 prevede anche che, con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, si sarebbero dovute individuare con precisione le funzioni trasferite all'AEEGSI.

11. In attuazione di questa norma, è stato emanato il d.p.c.m. 20 luglio 2012, il quale, all'art. 3, primo comma, lett. f), ribadisce che compete all'AEEGSI il potere di approvare le tariffe idriche.

12. In base a tutte queste disposizioni, l'AEEGSI ha dunque il compito di predisporre il metodo tariffario e di approvare l'ammontare delle tariffe poste a carico dell'utenza che beneficia della fornitura di acqua e dell'insieme delle altre prestazioni erogate dai gestori dei servizi idrici.

13. Per dare esecuzione a queste disposizioni, l'AEEGSI ha in questi anni emanato una serie di atti di regolazione con cui sono stati approvati diversi metodi tariffari.

14. Fra questi atti, va menzionata, in quanto rilevante ai fini della soluzione della presente controversia, la delibera 28 febbraio 2013 n. 88/2013/R/IDR, con cui è stato approvato il metodo tariffario transitorio per le gestioni ex-CIPE, riguardante la disciplina di determinazione tariffaria per gli anni 2012 e 2013.

15. Per comprendere appieno l'oggetto di tale delibera, occorre chiarire che, in base all'art. 8 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche) – oggi abrogato e sostituito dall'art. 142 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), avente contenuto analogo – il servizio idrico integrato (che comprende i servizi di captazione, adduzione e distribuzione dell'acqua, nonché di fognatura e depurazione delle acque reflue) dovrebbe essere organizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO) definiti dalle regioni, e dovrebbe essere governato da enti aventi competenza estesa all'intero ambito, cui dovrebbero essere conferite le funzioni in precedenza attribuite agli enti locali ed agli altri enti aventi competenza in materia.

16. L'art. 13, commi 3 e 5, della medesima legge n. 36 del 1994 stabiliva poi che le tariffe del servizio idrico integrato avrebbero dovuto essere approvate, per ciascun ambito, applicando i criteri definiti dal Ministero dei lavori pubblici d'intesa con il Ministe-

ro dell'Economia (si tratta del c.d. "Metodo Tariffario Normalizzato").

17. Tali previsioni, tuttavia, in molte parti del territorio nazionale, non sono state prontamente attuate; molte regioni infatti non hanno provveduto a definire gli ATO, ovvero, pur avendovi provveduto, questi non sono poi divenuti operativi.

18. In molte zone d'Italia, quindi, il servizio idrico ha continuato ad essere gestito in maniera parcellizzata, per lo più dai singoli comuni.

19. Con l'art. 31, comma 29, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 (Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo) si è stabilito che, per queste ultime gestioni, i criteri per la determinazione delle tariffe sarebbero stati temporaneamente approvati dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE).

20. Ed è proprio con la delibera n. 88 del 2013 che l'AEEGSI, subentrata al CIPE nella competenza in materia in virtù delle suindicate norme contenute nel decreto-legge n. 70 del 2011 e nel decreto-legge n. 201 del 2011 (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 319; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 14 febbraio 2012, n. 1434), ha approvato il metodo tariffario transitorio riguardante le gestioni ex-CIPE (MTC).

21. Le procedure per la determinazione delle tariffe sono in particolare definite nell'art. 4 della suddetta delibera. La norma, in estrema sintesi, prevede che, entro il 31 marzo 2013, i "soggetti competenti" avrebbero dovuto formulare una proposta tariffaria applicando i criteri indicati nell'Allegato 1 alla stessa delibera n. 88 del 2013. Entro il medesimo termine, tale proposta avrebbe dovuto essere trasmessa all'AEEGSI la quale, entro i successivi 3 mesi, avrebbe dovuto procedere alla sua approvazione.

22. Per quanto riguarda i criteri di determinazione delle tariffe, va rilevato, da un punto di vista generale, che l'art. 9 della direttiva della Comunità Europea 2000/60/CE e l'art. 154, primo comma, del d.lgs. n. 152 del 2006 hanno sancito il principio del "full cost recovery", principio che impone la copertura tariffaria di tutti i costi (di investimento e di esercizio) sostenuti dal gestore per l'erogazione del servizio idrico.

23. Il metodo tariffario di cui all'Allegato 1 della delibera n. 88 del 2013 non fa altro, in sostanza, che dare applicazione a questo principio, individuando le voci di costo da prendere in considerazione ai fini del calcolo della tariffa e definendo, talvolta attraverso complicati algoritmi, i modelli atti a tradurre in valori tariffari le suddette voci di costo.

24. L'approvazione delle tariffe presuppone quindi la conoscenza, da parte dell'AEEGSI, dei costi relativi alle singole gestioni cui si riferiscono le proposte tariffarie.

25. Ecco perché, già con delibera n. 347/2012/R/IDR del 2 agosto 2012 – precedente a quella di appro-

vazione del metodo tariffario – la stessa AEEGSI aveva preventivamente imposto ai gestori dei servizi idrici di inviarle i dati e la documentazione rilevanti, necessari per permetterle di venire a conoscenza dell'ammontare dei costi sostenuti da ciascuno di essi.

26. Gli artt. 2.7 della delibera n. 377 del 2012 e 4.7 della delibera n. 88 del 2013 stabiliscono poi che, in caso di mancata osservanza del suddetto obbligo di trasmissione dati, l'AEEGSI provvede d'ufficio alla determinazione della tariffa, applicando alla tariffa dell'anno 2012 un moltiplicatore pari a 0,9 (moltiplicatore tariffario teta).

27. Una normativa analoga a quella appena illustrata è contenuta nella delibera n. 643/2013/R/IDR del 27 dicembre 2013 con cui è stato approvato il metodo tariffario relativo agli anni 2014 e 2015.

28. Anche per questo periodo tariffario vale quindi la regola secondo cui il mancato invio all'AEEGSI dei dati e della documentazione necessari per la verifica dei costi sostenuti comporta la determinazione d'ufficio della tariffa con applicazione del moltiplicatore tariffario teta pari a 0,9.

29. Il Comune di Ceriale, odierno ricorrente, gestisce in economia il servizio idrico ed è dunque soggetto alla disciplina relativa alle gestioni ex-CIPE.

30. Con delibera 16 luglio 2015 n. 361/2015/R/IDR, l'AEEGSI, dopo aver rilevato che il suddetto Comune ha ommesso di inviarle, in maniera completa, i dati e la documentazione richiestigli nel corso del procedimento di approvazione tariffaria, ha provveduto alla determinazione d'ufficio della tariffa relativa alle annualità 2012-2015, applicando il moltiplicatore teta pari a 0,9.

31. Avverso questo provvedimento è principalmente diretto il ricorso in esame.

32. Illustrato in questo modo il quadro fattuale e giuridico che fa da sfondo alla presente controversia, si può ora passare all'esame delle questioni sottoposte all'esame del Collegio.

33. Occorre innanzitutto scrutinare l'eccezione preliminare sollevata dalla difesa dell'AEEGSI, con si rileva la tardività della parte del ricorso che riguarda gli obblighi informativi gravanti sui gestori dei servizi idrici. Tali obblighi, a dire della parte, sarebbero stati imposti con atti di regolazione (delibera n. 643/2013/R/IDR, delibera n. 88/2013/R/IDR e delibera n. 271//2013/R/IDR) e con successivi atti esecutivi (determinazioni n. 1 del 2013, n. 2 del 2014 e n. 3 del 2014) immediatamente lesivi e non tempestivamente impugnati.

34. In proposito si osserva quanto segue.

35. Come si vedrà meglio nel prosieguo, con il ricorso in esame, non viene contestato, in via generale, l'obbligo di trasmettere all'AEEGSI i documenti indicati negli atti di cui sopra. Ciò che viene contestato (specificamente nel terzo motivo) è la pretesa dell'AEEGSI di addossare taluni degli obblighi suindicati in

capo ai comuni che, come l'Amministrazione ricorrente, gestiscono in economia il servizio idrico.

36. Secondo il ricorrente, infatti, questa pretesa sarebbe illegittima in quanto trasferirebbe a tali enti compiti che la normativa vigente attribuisce invece ad altri soggetti (principalmente le autorità d'ambito).

37. Ciò premesso, si deve ora osservare che gli atti indicati dall'AEEGSI – che secondo quest'ultima avrebbero dovuto essere immediatamente impugnati – non affermano espressamente che l'obbligo di trasmissione dei summenzionati documenti grava sui comuni che gestiscono in economia il servizio idrico. Tali atti, per indicare il soggetto su cui grava l'obbligo, fanno spesso un generico riferimento ai "soggetti competenti".

38. Solo con la delibera n. 271/2013/R/IDR del 31 ottobre 2013, si è chiaramente affermato, all'art. 4.5, che gli enti locali che gestiscono in economia i servizi idrici «... sono tenuti a comunicare all'Autorità le informazioni dettagliate relative agli interventi da effettuare». Con questa disposizione, si è dunque espressamente sancito l'obbligo per i suddetti comuni di trasmettere all'AEEGSI il programma degli investimenti.

39. Ne consegue che, solo con riferimento all'obbligo di trasmissione del programma degli investimenti, la delibera n. 271 del 2013 ha provveduto a specificare che esso incombe anche sui comuni che gestiscono il servizio idrico in economia. Tale delibera, pertanto, se ritenuta in questa parte lesiva, avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnata in conformità a quell'orientamento giurisprudenziale che afferma l'onere di immediata impugnazione degli atti di regolazione (cfr., fra le tante, T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 16 aprile 2014, n. 982).

40. Il ricorrente non contesta la mancata tempestiva impugnazione della delibera n. 271 del 2013, ma eccepisce, a sua volta, che tale delibera non afferma espressamente che la mancata predisposizione del programma degli investimenti da parte dei comuni che gestiscono in economia il servizio idrico avrebbe determinato l'applicazione d'ufficio della tariffa. Per questa ragione, neppure questo provvedimento potrebbe considerarsi immediatamente lesivo.

41. Questa argomentazione non può essere condivisa in quanto, con l'atto in argomento, l'AEEGSI ha inteso proprio dare impulso al procedimento di applicazione d'ufficio della tariffa nei riguardi dei soggetti inadempienti all'obbligo di trasmissione dei dati; pertanto, che alla mancata predisposizione del programma degli investimenti da parte dei comuni che gestiscono in economia il servizio idrico sarebbe stata ricollegata la sanzione della determinazione d'ufficio della tariffa era conseguenza agevolmente arguibile dal tenore generale della stessa delibera n. 271 del 2013.

42. Va pertanto ribadita, per questa parte, la tardività del ricorso.

43. Come accennato, il ragionamento appena svolto vale solo per il programma degli investimenti.

44. Per quanto riguarda gli altri documenti, l'AEEGSI non ha dimostrato la sussistenza di propri provvedimenti, non tempestivamente impugnati, che stabiliscono, in maniera esplicita, che l'obbligo di predisposizione e trasmissione grava in capo ai comuni che gestiscono in economia il servizio idrico.

45. In particolare, anche per quanto riguarda il piano economico finanziario, non è rinvenibile, nella delibera n. 273 del 2013, una disposizione esplicita che ponga l'obbligo ad esso relativo in capo ai suddetti comuni. Con riferimento a tale documento, la stessa delibera si limita infatti ad evidenziare, peraltro solo nella parte motivazionale, l'opportunità che gli enti in argomento provvedano alla sua predisposizione entro un lasso di tempo ragionevole.

46. Per queste ragioni, l'eccezione in esame deve essere accolta solo in parte, nei limiti sopra indicati.

47. Esaurita la trattazione della questione preliminare, può ora passarsi all'esame del merito.

48. Con il primo motivo di ricorso, vengono dedotte diverse censure.

49. Rileva innanzitutto la parte che l'AEEGSI, contravvenendo ai principi ed alle norme di cui all'art. 97 Cost., agli artt. 6 e 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 e all'art. 2 della legge n. 481 del 1995, ha adottato l'atto impugnato senza preventivamente indicarle quali atti e quali documenti fossero stati ritenuti mancanti. Per questa ragione, il procedimento sarebbe anche affetto dal vizio di difetto di istruttoria, vizio che si sarebbe poi tradotto in una decisione immotivata, posto che neppure l'atto impugnato indicherebbe con precisione, e con specifico riferimento alla posizione del ricorrente, quali siano i documenti mancanti. Tale comportamento sarebbe altresì in contrasto con i canoni di lealtà e buona fede che devono governare l'azione amministrativa. In proposito la parte rileva che una tempestiva comunicazione riguardante le ritenute carenze documentali le avrebbe permesso di regolarizzare la propria posizione. Osserva ancora la parte che l'ammontare della tariffa determinata d'ufficio non consentirebbe di coprire i costi del servizio, a scapito della qualità dello stesso ed a scapito della qualità degli altri servizi erogati dal Comune, il quale, proprio a causa dell'inadeguatezza della tariffa, si troverebbe costretto a dirottare sul servizio idrico risorse inizialmente destinate fini sociali, con evidente effetto penalizzante per la popolazione residente. Risultato questo che sarebbe in evidente contrasto con il principio del full cost recovery, sancito dall'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006. Infine, il ricorrente rileva che le ritenute carenze documentali non potrebbero essere ascritte alla sua responsabilità, in quanto il reperimento della documentazione e l'elaborazione dei dati pretesi dall'AEEGSI richiederebbero lo svolgimento di un'attività eccessivamente gravosa, incompatibile con

la struttura organizzativa di un ente locale di piccole dimensioni.

50. Con il secondo motivo, la parte sostiene che, ai sensi dell'art. 3, primo comma, lett. f), del d.p.c.m. 12 luglio 2012, l'AEEGSI, invece di limitarsi ad applicare il moltiplicatore teta 0,9 alla tariffa del 2012, avrebbe dovuto determinare la tariffa per gli anni 2014 e 2015 sulla base dei dati in suo possesso, dati che erano comunque in grado di dimostrare l'ammontare dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio. La decisione dell'AEEGSI, oltre che con la succitata norma, sarebbe anche in contrasto con le disposizioni contenute nell'art. 4 della delibera n. 88 del 2013 e 5 della delibera n. 643 del 2013, i quali correlerebbero l'applicazione del fattore teta 0,9 alle sole ipotesi di incompletezza dei dati necessari alla verifica dei costi.

51. Con l'ultimo motivo, la parte censura la pretesa dell'AEEGSI di imporre ai comuni che gestiscono in economia il servizio idrico l'obbligo di trasmettere documenti che, in base alle vigenti disposizioni, debbono essere predisposti dalle autorità d'ambito. Il ricorrente si riferisce, in particolare, al piano economico finanziario aggiornato ed al programma degli investimenti, atti che, in base all'art. 149 del d.lgs. n. 152 del 2006, dovrebbero essere appunto approvati dalle autorità d'ambito. Tale illegittima pretesa costituirebbe, secondo la parte, un insormontabile ostacolo alla possibilità, per i comuni che si trovano in aree del Paese in cui le autorità d'ambito non sono ancora operative, di vedersi riconoscere una tariffa che assicuri la piena copertura dei costi. Anche per questa ragione, gli atti impugnati sarebbero in contrasto con l'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006 che, come ripetuto, sancisce il principio del full cost recovery.

52. Le censure illustrate possono essere trattate congiuntamente.

53. Come visto, con il ricorso in esame, si censura la decisione dell'AEEGSI di determinare d'ufficio la tariffa idrica applicabile dal Comune ricorrente.

54. La decisione è stata assunta ai sensi dell'art. 5.7 della delibera n. 643 del 2013 (norma che, in sostanza, riproduce il contenuto dell'art. 4.7 della delibera n. 88 del 2013).

55. In base a questa disposizione, l'AEEGSI procede alla determinazione d'ufficio della tariffa idrica, con applicazione del moltiplicatore teta pari a 0,9, «Laddove ricorrano le casistiche indicate al comma 2.7. della deliberazione n. 347/2012/R/IDR e in ogni caso laddove non si disponga dei dati e delle informazioni necessarie alla determinazione tariffaria...».

56. Questa disposizione, in estrema sintesi, correla l'applicazione d'ufficio della tariffa idrica, alla mancata trasmissione, da parte dell'autorità d'ambito o degli altri "soggetti competenti", di una serie di documenti e di dati.

57. Questo T.A.R. ha già avuto modo di chiarire che il potere di determinazione d'ufficio delle tariffe

idriche è stato conferito all'AEEGSI dall'art. 10, comma 14, del decreto-legge n. 70 del 2011, il quale attribuisce espressamente all'Agenzia (ora AEEGSI, dopo il decreto-legge n. 201 del 2011), un potere sostitutivo di fissazione della tariffa, in caso di inutile decorso del termine per la fissazione per così dire "ordinaria" della tariffa medesima (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 2 aprile 2014, n. 854).

58. La sussistenza di questo potere è stata poi ribadita dall'art. 3, comma 1, lett. f), del d.p.c.m. 20 luglio 2012, il quale prevede che l'Autorità determina d'ufficio la tariffa, sulla base delle informazioni disponibili ed in un'ottica di tutela dell'utenza, in caso di inadempimento dell'obbligo di trasmissione di dati e documenti da parte dei soggetti competenti.

59. La citata sentenza ha inoltre chiarito che «... il potere sostitutivo e officioso dell'AEEG si giustifica con l'evidente finalità di tutela dei consumatori e degli utenti, oltre che per evitare comportamenti di carattere opportunistico da parte dei gestori o degli enti, i quali potrebbero avere interesse a non trasmettere taluni dati, nel tentativo di lucrare tariffe abnormi e non rispettose dei costi realmente sostenuti...».

60. La necessità di contrastare comportamenti opportunistici giustifica, pertanto, l'applicazione del moltiplicatore teta 0,9.

61. In questo quadro si è altresì ritenuto che l'attribuzione all'AEEG del potere di determinare d'ufficio la tariffa idrica, seguendo le modalità sopra descritte, non integri una misura sanzionatoria, ma costituisca un rimedio che assicura la chiusura del sistema, «... finalizzato a garantire comunque – anche in caso di perdurante inerzia dei soggetti competenti – l'approvazione di una tariffa la più possibile rispettosa dei criteri fissati dall'ordinamento» (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sent. n. 854 del 2014 cit. la quale richiama anche Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, in materia di tariffe del gas).

62. Ciò premesso, occorre ora verificare quali siano i dati ed i documenti richiesti ai fini dell'approvazione delle tariffe da parte dell'AEEGSI.

63. Per il periodo tariffario 2014-2015, la norma a tal fine rilevante è l'art. 5.2 lett. d) della delibera n. 643 del 2013.

64. Stabilisce questa norma che, ai fini dell'approvazione delle tariffe, l'Ente d'ambito o altro soggetto competente trasmette all'AEEGSI: a) il programma degli investimenti; b) il piano economico finanziario; c) una relazione di accompagnamento; d) l'atto con cui si formula la proposta tariffaria (ovvero con cui viene aggiornato il piano economico finanziario e da cui si ricava il moltiplicatore applicabile); e) l'aggiornamento dei dati di dimostrazione dei costi, trasmessi ai fini della determinazione delle previgenti tariffe.

65. Un primo problema che occorre affrontare riguarda l'individuazione dei soggetti tenuti alla trasmissione di tali documenti, giacché, come visto, il

ricorrente sostiene che taluni di questi non sarebbero disponibili per i comuni che gestiscono il servizio idrico in economia.

66. In proposito si precisa che l'esame che il Collegio si accinge a compiere non può investire le problematiche riguardanti il programma degli interventi giacché, come si ricorderà, per questa parte il ricorso è inammissibile non essendo stata tempestivamente impugnata la delibera n. 271 del 2013.

67. Per il resto occorre fare due considerazioni di carattere generale.

68. La prima è che, ovviamente, l'AEEGSI non può far gravare sui comuni obblighi impossibili da adempiere. Ne consegue che, qualora si dimostrasse che, effettivamente, i comuni che gestiscono il servizio in economia siano impossibilitati a predisporre ed ad approvare taluno dei suindicati atti, si dovrebbe ritenere l'illegittimità del provvedimento che, in ragione della mancata trasmissione degli stessi, dispone la determinazione d'ufficio della tariffa.

69. L'altra considerazione è che i comuni, per dimostrare la suindicata impossibilità, non possono limitarsi a richiamare le norme contenute nel decreto legislativo n. 152 del 2006, il quale fa riferimento alle autorità d'ambito.

70. È infatti ovvio che questo corpo normativo non può che dettare una disciplina che si fonda sullo schema organizzativo da esso implementato, caratterizzato dalla gestione del servizio idrico sulla base di ambiti territoriali ottimali, ciascuno dei quali governato da una propria autorità.

71. Tuttavia, poiché è impossibile paralizzare l'attività di erogazione del servizio, ove tale modello non sia stato in concreto implementato, dovranno essere gli altri enti che in qualche modo suppliscono alla mancata attuazione normativa a farsi carico di reperire e trasmettere i dati necessari alla determinazione della tariffa.

72. In proposito, va osservato che l'art. 21, comma 19, del decreto-legge n. 201 del 2011, nel trasferire all'AEEGSI le funzioni di regolazione e vigilanza in materia di acqua, stabilisce che tali funzioni vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità). E l'art. 2, comma 20, lett. a) di tale legge stabilisce a sua volta che, per svolgere le proprie funzioni, l'AEEGSI ha il potere di richiedere, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività.

73. Il potere di richiedere informazioni e documenti è dunque connaturale al potere di regolazione e vigilanza attribuito all'AEEGSI. Quest'ultima, pertanto – anche ammettendo che nessuna norma imponga ai comuni che gestiscono in economia il servizio idrico di predisporre e trasmettere il piano economico

finanziario e l'atto di proposta tariffaria - può comunque richiedere a questi enti la trasmissione di atti che abbiano, nella sostanza, il contenuto di quelli sopra indicati, al fine di venire a conoscenza di tutti gli elementi necessari per procedere all'approvazione ordinaria delle tariffe.

74. Emblematico è l'esempio della delibera di predisposizione tariffaria. Questo atto non può mancare ai fini della determinazione in via ordinaria della tariffa giacché il modello delineato dal metodo tariffario prevede uno schema secondo cui l'AEEGSI approva le tariffe proposte dai soggetti preposti al "governo" del servizio. Questi soggetti, in base al decreto legislativo n. 152 del 2006, dovrebbero essere le autorità d'ambito; ma se queste non sono funzionanti, non potranno che essere gli enti locali - in quanto appunto enti di "governo" del servizio - a farsi carico della proposta.

75. Stesso discorso vale per il piano economico finanziario che è l'atto con cui vengono esposti i costi funzionali alla determinazione tariffaria.

76. Le censure del ricorrente, per come formulate, non sono dunque condivisibili, non avendo esso dimostrato la sussistenza di impedimenti oggettivi alla predisposizione dei documenti richiesti dall'AEEGSI (in questo senso si veda anche la sentenza di questo T.A.R. n. 854 del 2014 cit.).

77. Le criticità, nella fattispecie in esame, investono semmai il profilo riguardante i rapporti fra la stessa AEEGSI ed il Comune ricorrente.

78. Come si è accennato innanzi, gli atti di regolazione applicati nella vicenda in esame non dicono espressamente che gli obblighi di predisposizione e trasmissione di cui all'art. 5.4. della delibera n. 643 del 2013 gravano in capo ai comuni che gestiscono in economia il servizio idrico.

79. Il suddetto articolo si riferisce, infatti, genericamente alle autorità d'ambito o ai "soggetti competenti". E anche l'allegato A alla stessa delibera, richiamato dal ridetto art. 5.4., non è per nulla chiaro, in quanto dà una definizione generica di "soggetti competenti".

80. La norma stabilisce infatti che per soggetto competente si intende «...il soggetto responsabile della predisposizione della tariffa, ivi incluso l'Ente d'Ambito», senza però chiarire poi chi sia il "responsabile della predisposizione della tariffa".

81. Ritene il Collegio che, in tale contesto, l'AEEGSI, in applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., prima di procedere alla determinazione d'ufficio della tariffa, avrebbe dovuto comunicare con precisione, a ciascun singolo ente interessato, quali fossero la documentazione ed i dati non trasmessi.

82. In proposito vale la pena osservare che, come visto, le norme attualmente in vigore, contenute nel decreto legislativo n. 152 del 2006, dettano una disciplina che individua con precisione quali siano gli obblighi posti in capo alle autorità d'ambito ed agli

altri soggetti che agiscono nel quadro dello schema organizzativo da esse delineato.

Nessuna norma indica invece, con precisione, quali siano i compiti che spettano ai comuni che ancora gestiscono in economia il servizio idrico; neppure, come visto, le norme contenute negli atti di regolazione emessi dall'AEEGSI.

83. Per questa ragione, la stessa AEEGSI avrebbe dovuto orientare la propria attività in un senso maggiormente collaborativo, indicando, nel corso del procedimento di approvazione tariffaria, quali dati e documenti, necessari ai fini della determinazione ordinaria, il Comune ricorrente aveva ommesso di inviarle.

84. Nel caso concreto, invece, l'AEEGSI, con la determina n. 5 del 31 marzo 2015, ha effettuato una comunicazione collettiva, rivolta ad una pluralità di enti ritenuti inadempienti che neppure specificava, in maniera puntuale, quali fossero i dati ed i documenti non trasmessi.

85. Le censure del ricorrente che investono questo specifico profilo sono, pertanto, fondate.

86. Per completezza il Collegio deve a questo punto farsi carico di un'altra problematica.

87. Una volta ammesso che l'AEEGSI ha il potere di determinare d'ufficio la tariffa idrica (qualora non le vengano trasmessi i dati necessari per procedere all'approvazione ordinaria), si deve verificare secondo quali modalità vada effettuata la determinazione d'ufficio. In particolare, ci si deve chiedere se la determinazione forfettaria della tariffa (mediante l'applicazione del moltiplicatore teta 0,9) consegua automaticamente alla mancata trasmissione di uno qualsiasi degli atti indicati nell'art. 5.4, lett. d) della delibera n. 643 del 2013.

88. In proposito va osservato che, ai sensi del citato art. 3, primo comma, lett. f) del d.m. 20 luglio 2012, in caso di inadempimento all'obbligo di trasmissione dati, «l'Autorità per l'energia elettrica e il gas intima l'osservanza degli obblighi entro trenta giorni decorsi i quali [...] provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe sulla base delle informazioni disponibili...».

89. Come si vede la norma stabilisce espressamente che, quando l'AEEGSI procede alla determinazione d'ufficio della tariffa idrica, deve provvedere alla determinazione stessa in base alle informazioni disponibili.

90. Ciò significa che il metodo di determinazione forfettaria costituisce soluzione di estrema ratio, percorribile solo nel caso in cui i dati disponibili non consentano di ricostruire i costi sostenuti per l'erogazione del servizio.

91. Questa soluzione, oltre ad essere aderente al dato letterale della disposizione in esame, si concilia con i principi generali sottesi alla materia tariffaria. Si è visto infatti che, in base alla normativa statale e comunitaria, le tariffe debbono essere funzionali alla copertura dei costi sostenuti ai fini dell'erogazione del

servizio. Pertanto, la necessità di assicurare la chiusura del sistema e di evitare comportamenti opportunistici degli operatori può giustificare l'applicazione di un metodo di determinazione basato su indici forfettari solo quando le informazioni in possesso dell'AEEGSI siano insufficienti al rilevamento dei costi.

92. Del resto, anche la stessa AEEGSI, nei propri atti, ha mostrato di voler differenziare le diverse fattispecie, e di voler applicare la misura di cui si discute solo in particolari casi che non esauriscono tutte le ipotesi in cui è ammessa la determinazione d'ufficio.

93. L'art. 4.5. della delibera n. 88 del 2013 stabilisce infatti che, l'AEEGSI, in caso di mancata trasmissione della documentazione richiesta, deve provvedere alla determinazione d'ufficio delle tariffe «...sulla base delle informazioni disponibili...»; mentre il successivo, comma 7, stabilisce a sua volta che la determinazione forfettaria con l'applicazione del fattore teta 0,9 può farsi nei casi indicati nel comma 2.7 della delibera n. 347/2012/R/IDR.

94. È ovvio che per dare un senso alle due disposizioni, si deve ritenere che solo nelle ipotesi da ultimo indicate sia ammessa la determinazione forfettaria.

95. Per maggiore comprensione di questo specifico aspetto, va rilevato che, con la delibera n. 347 del 2012, l'AEEGSI – peraltro in un momento anteriore a quello di definizione dei metodi tariffari – ha richiesto ai gestori dei servizi idrici di trasmetterle i dati necessari alla dimostrazione dei costi connessi all'erogazione dei servizi stessi. Il richiamo all'art. 2.7 di tale delibera, effettuato dall'art. 4.5. della delibera n. 88 del 2013, dimostra, quindi, che l'AEEGSI ha inteso ricollegare la determinazione forfettaria delle tariffe alla mancata trasmissione di atti e documenti funzionali alla dimostrazione dei costi.

96. Nelle altre ipotesi, quando cioè la documentazione mancante non è decisiva per tale dimostrazione, l'AEEGSI, in conformità alle suindicate norme, deve provvedere sulla base dei dati disponibili.

97. Per completezza, va rilevato che la successiva delibera n. 643 del 2013, non contiene una norma espressa, analoga a quella contenuta nella delibera n. 88 del 2013, che prevede che la determinazione d'ufficio debba essere effettuata sulla base dei dati disponibili.

98. Va però osservato che l'art. 5.7. della delibera n. 643 del 2013, per stabilire quando sia possibile effettuare la determinazione forfettaria, non stabilisce che tale soluzione sia percorribile qualunque sia il documento mancante. La norma fa anch'essa riferimento all'art. 2.7. della delibera n. 347 del 2012 nonché ai casi di mancanza di dati e informazioni necessari «... alla determinazione tariffaria...».

99. Se l'atto di regolazione avesse voluto ricollegare la determinazione forfettaria a qualsiasi omissione documentale, sarebbe stato sufficiente il richiamo al precedente art. 5.4, lett. d).

100. Si deve pertanto ritenere, che la delibera sopravvenuta non abbia inteso introdurre soluzioni innovative; anche perché l'interpretazione contraria porrebbe l'atto di regolazione in irrimediabile contrasto con la chiara lettera dell'art. 3, primo comma, lett. f), del d.p.c.m. 20 luglio 2012.

101. In questo quadro si deve ritenere che l'AEEGSI, prima di procedere alla determinazione forfettaria della tariffa con applicazione del fattore teta 0,9, debba farsi carico di verificare la possibilità di procedere alla determinazione sulla base dei dati disponibili.

102. Nel caso concreto questa verifica non è stata compiuta, avendo l'AEEGSI applicato la misura aversata in maniera automatica, dopo aver semplicemente constatato l'incompletezza documentale.

103. Le censure del ricorrente che investono tale profilo sono quindi fondate.

104. In conclusione, per le ragioni illustrate, il ricorso deve essere in parte dichiarato irricevibile per tardività ed in parte deve essere accolto, nei sensi sopra indicati, con assorbimento delle questioni non specificamente affrontate.

105. La complessità delle problematiche sottoposte all'esame del Collegio induce a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

(omissis)

***Nota a sentenza

sommario

1. Ricostruzione della vicenda. – 2. La parcellizzazione della gestione del servizio idrico sul territorio nazionale. – 3. I doveri di comunicazione dei “soggetti competenti”. – 4. Il dovere di collaborazione dell'AEEGSI. – 5. Sulla (presunta) natura sanzionatoria della determinazione forfettaria della tariffa. – 6. A mo' di conclusioni.

1. Ricostruzione della vicenda

Il TAR Lombardia, con la pronuncia in commentato, ha avuto modo di tornare su un tema particolarmente controverso, quello della determinazione delle tariffe del servizio idrico integrato, la cui complessità risulta viepiù accresciuta a seguito del referendum del 2011 (il cd. referendum sull'acqua bene comune).

In quella sede, il secondo quesito, in forza del quale è stato abrogato *in parte qua* il primo comma dell'art. 154 d.lgs. n. 152/2006 (cd. codice dell'ambiente), aveva ad oggetto proprio la determinazione della tariffa del servizio idrico in base all'adeguata remunerazione del capitale investito. In altri termini, secondo la vulgata della campagna referendaria, il quesito aveva ad oggetto la possibilità di “fare profitti sull'acqua”¹.

¹ Cfr. AZZARITI, FERRARA, LUCARELLI, MATTEI, NIVARRA, RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in *www.astrid-online.it*. Si precisa

Il vittorioso (nell'accezione, evidentemente, di prevalenza dei sì) esito del referendum del 2011 ha determinato, a quasi sei anni di distanza, numerose incertezze in ordine alla disciplina del servizio, tanto in relazione ai modelli organizzativi quanto alla determinazione delle tariffe, tenuto conto del quadro normativo scaturito all'esito della consultazione² ed in attesa di una legge nazionale di riordino della materia³.

Benché in sede di giudizio di ammissibilità dei quesiti la Consulta abbia escluso il prodursi di un vuoto normativo (cfr. sent. n. 24/2011⁴) in conseguenza dell'abrogazione dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 ed abbia affermato l'applicazione immediata della normativa comunitaria (cfr. punto 4.2.2. considerato in diritto), un intervento organico del legislatore nazionale nella materia appare oggi assolutamente necessario in ossequio ad un'esigenza fondamentale di certezza del diritto.

Il tema della tariffa, in particolare, si rivela spinoso non meno dell'altra questione scaturita dal referendum, quella, cioè, inerente ai modi di gestione del servizio (cd. primo quesito⁵).

che il referendum del 2011 e, segnatamente, il cd. primo quesito, sull'abrogazione dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, aveva ad oggetto non esclusivamente l'acqua (*rectius*, il servizio idrico), bensì i servizi pubblici locali di rilevanza economica, dei quali il servizio idrico costituisce solo una *species*, quella sulla quale si pose la maggiore enfasi in sede di campagna, anche visto il tenore del secondo quesito (sull'abrogazione parziale del primo comma dell'art. 154 d.lgs. n. 152/2006 sulla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito).

² Si pensi, ad esempio, all'art. 4 d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, dichiarato illegittimo dalla Consulta, con sent. n. 199/2012, in quanto sostanzialmente riproduttivo della normativa abrogata a mezzo del referendum (art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008).

³ Attualmente, è in corso di approvazione una legge per la cd. ripubblicizzazione del servizio idrico integrato (proposta di legge C. 2212, «Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico, nonché delega al Governo per l'adozione di tributi destinati al suo finanziamento», approvata alla Camera in data 20 aprile 2016).

⁴ Cfr. la nota di LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 1/2011, pp. 261 ss.

⁵ «Volete voi che sia abrogato l'art. 23-*bis* (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», e dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea», convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte

La sentenza in commento offre l'opportunità di ragionare su aspetti della materia poco dibattuti (o, certamente, meno dibattuti rispetto alla questione, sottesa al primo quesito, che, in via di prima approssimazione, può essere identificata con il tema della ripubblicizzazione dell'acqua⁶), eppure assolutamente nevralgici ai fini del governo del servizio nei territori di riferimento.

Si tratta di questioni che attengono ai rapporti tra le istituzioni interessate, a vario titolo, alla gestione del servizio (Comuni, Autorità d'ambito, AEEGSI), le cui competenze, come dimostra la vicenda in oggetto, non appaiono ancora del tutto definite.

2. La parcellizzazione della gestione del servizio idrico sul territorio nazionale

Nel caso di specie, il Comune di Ceriale (SV) aveva impugnato la delibera n. 361/2015/R/I dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (d'ora in avanti, AEEGSI⁷), con la quale era stata determinata la tariffa del servizio idrico integrato gestito da detto Comune per le annualità 2012-2015, nonché precedenti deliberazioni a questa collegate.

La competenza del TAR Lombardia (sede di Milano) è scoltata dal secondo comma dell'art. 14 c.p.a. quale competenza funzionale inderogabile in ordine alle controversie relative ai poteri esercitati dall'AEEGSI.

Preliminarmente, giova evidenziare che il servizio idrico integrato comprende i servizi di captazione, aduzione e distribuzione dell'acqua, nonché di fognatura e depurazione delle acque reflue (cfr. art. 142 d.lgs. n. 152/2006).

Giova, altresì, evidenziare che il Comune, nel caso di specie, supplisce alle competenze dell'Ente d'ambito di riferimento, essendo il servizio idrico organizzato sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO), congruenti con i bacini idrografici che caratterizzano il territorio nazionale (cfr. art. 147 d.lgs. n. 152/2006). Non avendo tutte le Regioni d'Italia provveduto ad istituire tali enti (ai sensi dell'art. 149-*bis* d.lgs. n. 152/2006, introdotto dall'art. 7, co. 1, lett. d) d.l. n. 133/2014, convertito con modificazioni dall'art. 1, co. 1 l. n. 164/2014, in conseguenza della soppressione delle precedenti Autorità per effetto dell'art. 2, co. 186-*bis* l. n. 191/2009 ss.mm.ii.), il servizio idrico ha continuato spesso (come anche nel caso in esame) ad essere gestito su base comunale, in violazione dello spirito della normativa nazionale

costituzionale?».

⁶ Anche in questo caso, per gli stessi motivi indicati nella nota 1, si tratta di una semplificazione. Sull'argomento si veda MAROTTA, *La depubblicizzazione del servizio idrico integrato. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in *Munus*, n. 1/2011, pp. 177 ss.

⁷ Già AEEG, con competenze in materia di servizio idrico per effetto dell'art. 21, co. 19 d.l. n. 201/2011.

(informata, come detto poc' anzi, al criterio dei bacini idrografici, introdotto già dalla l. n. 36/1994, cd. legge Galli⁸ e ai principi di unitarietà del bacino e della gestione⁹ e adeguatezza delle dimensioni gestionali, in coerenza con i principi di efficienza, economicità ed ecologia¹⁰). Nel caso di specie, ad esempio, il Comune ricorrente gestisce in economia il servizio idrico.

Con la delibera impugnata, l'AEEGSI aveva stabilito di fissare la tariffa d'ufficio, in ragione del mancato invio, da parte dell'amministrazione ricorrente, di tutta la documentazione e di tutte le informazioni richieste in sede procedimentale, applicando un coefficiente moltiplicativo (pari a 0,9) alla tariffa vigente nel precedente periodo regolatorio.

Tale calcolo, evidentemente, si traduceva in una misura *sostanzialmente* sanzionatoria nei confronti dell'amministrazione comunale (essendo l'ammontare della nuova tariffa inferiore del 10 per cento rispetto a quella previgente); ciò in ragione del presunto inadempimento degli obblighi di comunicazione incombenti sulla stessa. Sull'argomento (ovverosia, sulla natura sanzionatoria della determinazione d'ufficio della tariffa) si avrà comunque modo di ritornare *infra* (par. 5).

Le deliberazioni impugnate prevedevano che i «soggetti competenti» entro un certo termine perentorio avrebbero dovuto formulare una proposta tariffaria, trasmettendola all'AEEGSI, unitamente ad una serie di ulteriori informazioni (predisposizione del programma degli investimenti, invio di dati e ulteriore documentazione).

In mancanza, l'AEEGSI avrebbe provveduto a determinare la tariffa, applicando d'ufficio un moltiplicatore pari a 0,9.

Un primo profilo di ambiguità contenuto nelle delibere impugnate risiede proprio nella locuzione «soggetti competenti», posto che non specifica con precisione quale sia l'organo effettivamente munito delle relative funzioni (se l'Ente d'ambito o anche il Comune).

Tale elemento non contribuisce certamente a mettere il Comune nelle condizioni di adempiere ai propri obblighi di leale collaborazione con l'AEEGSI, tanto più se si considera che il Comune, in questo caso, si sostituisce all'organo (Ente d'ambito) preposto *ex lege* alle funzioni inerenti alla gestione del servizio idrico (cfr. artt. 147 ss. d.lgs. n. 152/2006), ivi compresa

⁸ Sull'argomento, si veda LUCARELLI, LONGHI, *La gestione del servizio idrico e la determinazione delle tariffe tra riparto delle competenze legislative e incertezze normative*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 913.

⁹ Sulla differenza tra unitarietà e unicità, si veda cfr. G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 670.

¹⁰ Il criterio dei bacini idrografici e la conseguente definizione degli ambiti territoriali ottimali, pertanto, rispondono a finalità geo-morfologiche prima ancora che politico-amministrative.

la partecipazione al procedimento di determinazione della tariffa ai sensi dell'art. 149, co. 1, lett. d) d.lgs. cit.

In particolare, ai sensi dell'ultima disposizione citata, all'Ente di governo dell'ambito compete la redazione del cd. piano d'ambito, che si compone anche del piano economico finanziario, integrato dalla previsione annuale dei proventi da tariffa (cfr. quarto comma dell'art. 149 cit.).

Occorre osservare, tuttavia, che la mancata attivazione o, comunque, il mancato funzionamento degli Enti d'ambito nelle varie Regioni è spesso dipeso dall'inerzia degli stessi Comuni che afferiscono *obbligatoriamente* (nella forma, cioè, del consorzio obbligatorio di Comuni ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 267/2000) ai diversi ATO, il che costituisce un ulteriore elemento di contraddizione nella materia.

3. I doveri di comunicazione dei "soggetti competenti"

Alla luce dell'articolata vicenda così come sopra illustrata e del quadro normativo che ancora attende un intervento di riordino, la delibera dell'AEEGSI ha manifestato alcuni vizi, non avendo sufficientemente indicato all'amministrazione comunale quali fossero i documenti mancanti ai fini della determinazione della tariffa.

Tale mancata indicazione è stata ritenuta dal TAR in contrasto con l'art. 97 Cost. (in relazione al canone del buon andamento), oltre che con gli artt. 6 e 10-*bis* l. n. 241/1990 e con l'art. 2 l. n. 481/1995, non avendo di fatto consentito all'amministrazione comunale di adempiere correttamente alle proprie funzioni.

A ciò si aggiunga che la documentazione mancante, in quanto dovuta dal Comune in via sussidiaria rispetto all'Ente d'ambito (stante l'inerzia/inattività di quest'ultimo), sarebbe dovuta essere commisurata all'entità degli uffici dell'amministrazione responsabile del servizio o, se si preferisce, alle dimensioni territoriali del servizio, organizzato, nel caso di specie, su scala comunale e non di ambito: in entrambi i casi, la mole di informazioni da trasferire all'AEEGSI per la determinazione della tariffa non poteva essere la stessa che sarebbe spettata all'Ente d'ambito in caso di ordinaria organizzazione del servizio.

Del resto, se la normativa nazionale ha previsto di allocare le competenze inerenti alla gestione del servizio idrico in capo agli Enti d'ambito è perché si ritiene che sia più ragionevole situare a quel livello amministrativo funzioni che i Comuni strutturalmente non sarebbero idonei ad adempiere (anche in relazione alla gestione materiale delle informazioni e alla predisposizione dei documenti richiesti dall'AEEGSI: segnatamente, il programma degli investimenti; il piano economico finanziario; la relazione di accompagnamento; la proposta tariffaria; l'aggiornamento dei dati di dimostrazione dei costi).

Ma vi è di più. Proprio il carattere *lato sensu* sanzionatorio del coefficiente moltiplicativo applicato d'ufficio dall'AEEGSI si riflette negativamente, prima ancora che sull'ente locale, sulla comunità di riferimento, impedendo la copertura dei costi del servizio (cd. *full cost recovery*¹¹) a scapito anche della qualità degli altri servizi organizzati ed erogati dal Comune.

Tale elemento evidenzia un (perlomeno parziale) tradimento dello spirito di tutela dell'utenza, cui si ispira l'art. 3, co. 1, lett. f) d.p.c.m. 20 luglio 2012 sui poteri sostitutivi dell'AEEGSI in tema di determinazione della tariffa e, più in generale, tutta la disciplina inerente ai servizi di interesse economico generale (cfr. ad es., art. 106 TFUE).

Il TAR, nella circostanza, ha avuto modo di riaffermare¹² che il potere dell'AEEGSI di determinare d'ufficio la tariffa idrica non integri uno strumento sanzionatorio, ma costituisca semplicemente una misura di buona amministrazione, finalizzata a garantire la continuità di un servizio essenziale che non ammette interruzioni o paralisi in caso di inerzia dei soggetti competenti.

4. Il dovere di collaborazione dell'AEEGSI

Nel quadro descritto, stante lo scollamento esistente tra il modello normativo (informato all'ordinario funzionamento degli Enti d'ambito) e la situazione effettiva (che vede la gestione del servizio idrico spesso e volentieri in capo ai Comuni), gli indirizzi contenuti nelle delibere impugnate si rivelano particolarmente onerosi per i Comuni, che si trovano, come osservato *supra*, in condizioni di materiale impossibilità (per il dimensionamento degli uffici, per la mancanza di *know-how*, ecc.) ad adempiere alle prescrizioni diramate dall'AEEGSI¹³.

Il TAR ha affermato che, nel caso di specie, l'AEEGSI, prima di procedere alla determinazione d'ufficio della tariffa, avrebbe dovuto comunicare con precisione a ciascun ente interessato quali fossero la documentazione ed i dati non trasmessi, in ossequio a un principio di leale cooperazione istituzionale (ulteriore declinazione del buon andamento previsto dall'art. 97 Cost.)¹⁴.

¹¹ Si veda il secondo quesito del referendum del 2011. «Volete voi che sia abrogato il comma 1 dell'art. 154 (Tariffa del servizio idrico integrato) del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante «Norme in materia ambientale», limitatamente alla seguente parte: «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito?»».

¹² Si veda anche, sul punto, TAR Lombardia Milano, sent. n. 854/2014.

¹³ Il TAR Lombardia ha avuto modo di pronunciarsi sui profili che rendono oggettivamente impossibile la predisposizione dei documenti richiesti dall'AEEGSI da parte delle amministrazioni (cfr., la già citata sent. n. 854/2014).

¹⁴ Cfr. CARANTA, *Art. 97*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1889 ss.

5. Sulla (presunta) natura sanzionatoria della determinazione forfettaria della tariffa

Per quanto attiene, infine, alla determinazione d'ufficio della tariffa, il TAR ha opportunamente osservato che, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. f) d.p.c.m. cit., in caso di inadempimento dell'obbligo di trasmissione dei dati, l'AEEGSI «intima l'osservanza degli obblighi entro trenta giorni decorsi i quali, fatto salvo l'eventuale esercizio del potere sanzionatorio, provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe *sulla base delle informazioni disponibili* [corsivo aggiunto], comunque in un'ottica di tutela degli utenti».

Pertanto, la determinazione d'ufficio mediante l'applicazione del coefficiente moltiplicativo sopra indicato (cd. determinazione forfettaria), che, come osservato, si traduceva in una misura affittiva in danno dell'amministrazione comunale e della comunità di riferimento, nel caso di specie, non aveva ragion d'essere, in quanto, ai sensi della richiamata normativa, si sarebbero comunque dovuti utilizzare i dati disponibili.

Proprio la normativa richiamata evidenzia la *ratio* residuale della determinazione forfettaria, che ha luogo unicamente quando i dati disponibili non consentano di ricostruire i costi sostenuti per l'erogazione del servizio (nelle ipotesi previste dall'art. 4.5 delibera AEEGSI n. 88/2013, cfr. punti 90 e 93 della sentenza in commento), ben potendosi, invece, dare sfumature intermedie sulla base delle informazioni rese pur sempre disponibili.

Qualora la normativa avesse perseguito direttamente finalità sanzionatorie, con ogni probabilità la determinazione forfettaria sarebbe stata prevista automaticamente in caso di inadempimento (dunque, anche parziale) degli obblighi di comunicazione da parte dell'amministrazione competente.

Viceversa, lo spirito di tutela degli utenti e di reciproca collaborazione tra i livelli istituzionali interessati consiglia di escludere un'interpretazione in senso assolutamente sanzionatorio del d.p.c.m. cit.

Nel caso di specie, l'AEEGSI non ha tenuto conto dei dati che le erano stati comunque messi a disposizione ed ha direttamente applicato la tariffa *in peius*, in violazione della disciplina normativa e regolatoria sopra richiamata.

6. A mo' di conclusioni

La vicenda descritta evidenzia tutte le incertezze normative originarie dai referendum del 2011 e dagli sviluppi successivi in relazione alla materia del servizio idrico¹⁵.

¹⁵ Tali sviluppi, con riferimento alla più ampia categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sono stati ripercorsi in LUCARELLI, LONGHI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza costituzionale*, in FIMMANÒ, CATRICALÀ, *Le Società Pubbliche*, tomo uno, Napoli, 2016, pp. 97 ss.

In particolare, se già numerose volte in questi anni la giurisprudenza e la dottrina hanno avuto modo di occuparsi degli scenari scaturiti dal primo quesito (quello inerente ai modelli organizzativi del servizio), con riferimento, soprattutto, alla praticabilità di ipotesi di ripubblicizzazione del servizio¹⁶, meno di frequente ci si è direttamente occupati del tema delle tariffe, che pure manifesta criticità, come la vicenda in commento dimostra¹⁷.

Del resto, il tema della determinazione delle tariffe, in ordine all'entità delle stesse e al "reinvestimento" dei relativi proventi, risulta non meno cruciale per la collettività del tema dei modi di gestione del servizio: anzi, mentre l'efficienza del servizio potrebbe rivelarsi indifferente al modello organizzativo prescelto (potendosi astrattamente ipotizzare gestioni pubbliche del servizio che si rivelino all'atto pratico del tutto inefficienti), di più immediata *leggibilità* sono le politiche tariffarie che, viepiù all'esito del referendum, devono essere univocamente orientate al soddisfacimento dei diritti degli utenti.

Si può, anzi, affermare che la tariffa costituisca uno dei metri maggiormente indicativi per misurare le *performance* dei servizi erogati e che il contenimento della stessa (in uno con la manutenzione degli impianti) entro limiti ragionevoli debba rappresentare per le amministrazioni un obiettivo non meno rilevante del modello organizzativo (pubblico o privato¹⁸) adottato in concreto; anzi, si tratta di un elemento che spiega effetti sulla collettività in via più immediata (in termini di costi del servizio) rispetto all'altro.

Desta qualche perplessità la circostanza che vi sia ancora incertezza in relazione alle competenze di Enti d'Ambito, Comuni e AEEGSI in sede di determina-

zione delle tariffe (vista anche la complessità del relativo procedimento ai sensi degli artt. 149 ss. d.lgs. n. 152/2006 e dell'assetto di responsabilità ivi risultante), tanto più all'esito del referendum, che ha sancito una diversa definizione delle stesse informata al principio del *full cost recovery*.

È sintomatico che in seno alle Regioni non si siano ancora sempre costituiti (in una dimensione di effettività) i nuovi Enti d'ambito; che i Comuni stessi abbiano talora ostacolato (o, perlomeno, non agevolato) tale processo, rivendicando ancora una gestione parcellizzata del servizio e che l'AEEGSI, come avvenuto nel caso in esame, non abbia sempre dimostrato un adeguato spirito di collaborazione con gli altri attori istituzionali coinvolti.

Va da sé che dalla mancata cooperazione tra i livelli amministrativi derivano, come rilevato dal TAR Lombardia nella circostanza, conseguenze negative prima di tutto in capo alla collettività, con ripercussioni sui costi e sulla qualità dei servizi erogati.

È in tale ambito, prima ancora che sul terreno dei modelli organizzativi (pubblici o privati), che si rischia di registrare il vero *tradimento*¹⁹ della volontà referendaria, consegnando alla collettività, titolare morale del *bene comune* acqua²⁰, un servizio non governato in conformità a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, all'interno di un quadro normativo che ancora attende un compiuto riordino a sei anni dalla consultazione popolare²¹.

¹⁶ Cfr., tra gli altri, LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *www.federalismi.it*, 2012.

¹⁷ La Corte costituzionale ha, a varie riprese, avuto modo di affermare la competenza esclusiva dello Stato in ordine alla definizione delle forme (*rectius*, dei modelli) di gestione del servizio idrico, alle modalità di affidamento al soggetto gestore, nonché al procedimento di determinazione della tariffa, poiché collegate alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, di cui rispettivamente alle lettere e) e s) del secondo comma dell'art. 117 Cost. (cfr. sent. n. 246/2009; 117/2015). La riconducibilità del servizio idrico alla materia tutela della concorrenza, del resto, trova giustificazione alla luce della oramai pacifica identificazione di tale servizio con la categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (sulla quale, cfr. C. cost., sent. n. 325/2010), a sua volta corrispondente alla nozione comunitaria di servizi di interesse economico generale (SIEG). Sul punto, si veda SANDULLI, *Lacquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 831 e TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1073 ss.

¹⁸ Fra le forme di gestione «previste dall'ordinamento europeo», in ossequio a quanto oggi previsto dall'art. 149-bis d.lgs. n. 152/2006.

¹⁹ In questi termini, LUCARELLI, *ult. op. cit.*, p. 2.

²⁰ La nozione giuridica di bene comune, non riconosciuta nel diritto vigente, era stata alla base dei lavori della Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della Giustizia italiano, con D.M. 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica del codice civile in materia di beni pubblici. In dottrina, si veda, tra i numerosi contributi prodotti negli ultimi anni, MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta: idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007.

²¹ SANDULLI, *cit.*, p. 832, parla di *vacatio iuris* scaturita dal referendum.

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella

Dottoressa in giurisprudenza

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

Aggiudicazione - Illegittimità per omesso rilievo della carenza della produzione documentale - Il G.A. può accertare la sanabilità del relativo vizio previo pagamento della sanzione pecuniaria

In sede di gara pubblica, ove in giudizio sia dedotta l'illegittimità dell'aggiudicazione per carenza della produzione documentale dell'aggiudicataria, il giudice amministrativo si può limitare ad accertare, all'esito del processo, i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagni anche una carenza sostanziale del requisito (alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata), può dichiarare, alla luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria.

Cons. Stato, sez. III, 02 marzo 2017, n. 975, Pres. Lipari, Est. Veltri

Annullamento dell'aggiudicazione - Declaratoria di inefficacia del contratto di appalto conseguente all'annullamento - Costituisce legittimo esercizio del potere giurisdizionale da parte del Giudice Amministrativo

Non configura eccesso di potere giurisdizionale, per esercizio di attività riservata alla P.A., la declaratoria, ad opera del G.A., di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento di una gara di appalto, ex art. 122 del d.lgs. n. 104 del 2010. A tale potere non corrisponde, infatti, né nella disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006, né in quella introdotta dal d.lgs. n. 50 del 2016, analoga figura di provvedimento amministrativo di uguale contenuto; per altro aspetto, l'art. 122 citato disciplina un istituto di applicazione generalizzata, con esclusione dei soli casi regolati dagli artt. 121, comma 1, e 123 del d.lgs. n. 104 cit., affidata ad un potere di valutazione del giudice amministrativo, rispetto alla quale è indifferente che la gara debba essere rinnovata o meno, salvo, in tale ultima ipotesi, l'obbligo di valutare, tra l'altro, la possibilità del ricorrente di subentrare nel contratto nonché l'avvenuta proposizione della domanda di subentro.

Cass. civ., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7295, Pres. Rordorf, Est. Frasca

Attestazione SOA - Verifica della continuità ai fini del possesso dei requisiti speciali di partecipazione - Idoneità della istanza di rinnovo nel termine previsto, attesa l'efficacia retroattiva della verifica positiva

Nelle gare pubbliche, al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, è sufficiente che l'impresa abbia presentato, ai sensi dell'art. 76 comma 5, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, istanza di rinnovo nel termine normativamente previsto, ovvero 90 giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione. La succitata norma è infatti volta ad evitare soluzioni di continuità nella qualificazione delle imprese, in modo che la posizione del concorrente non sia penalizzata con l'esclusione dalle gare pubbliche, in applicazione del principio del favor participationis e tenuto conto dell'efficacia retroattiva della verifica positiva, idonea a creare una saldatura con il periodo successivo alla scadenza della precedente attestazione, fino all'esito positivo della domanda di rinnovo, sempre che la stessa sopraggiunga prima della data fissata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva per la stipula del contratto di appalto.

Cons. Stato, sez. V, 08 marzo 2017, n. 1091, Pres. Caringella, Est. Giovagnoli

Atti di gara - Termine per la relativa impugnativa - Decorrenza

Ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., il termine dimidiato per impugnare gli atti di gara decorre, per le gare alle quali si applica il nuovo codice dei contratti pubblici (approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), dalla pubblicazione di tali atti, con le modalità previste dall'art. 29, sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, senza che possa rilevare, al fine di far slittare in avanti il dies a quo del termine per l'impugnazione, il deposito in giudizio degli atti di gara da parte dell'Amministrazione resistente.

T.a.r. Lazio, sez. I quater, 4 aprile 2017, n. 4190, Pres. Mezzacapo, Est. Scala

Avvalimento infragruppo societario – È sufficiente una dichiarazione unilaterale che dimostri il legame societario intercorrente con l'impresa ausiliaria

È legittima l'aggiudicazione di una gara di appalto ad un concorrente che abbia fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento infragruppo societario ai sensi dell'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dimostrando l'avvalimento con una semplice dichiarazione unilaterale e non con il relativo contratto; trattandosi di avvalimento infragruppo societario è, infatti, sufficiente che l'impresa capogruppo dimostri, anche con una dichiarazione, il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria.

T.r.g.a. Bolzano, 14 marzo 2017, n. 99, Pres. Del Gaudio, Est. M. Ebner

Bando di gara – Clausola sociale – È illegittima se limita ultroneamente la partecipazione alla gara

In tema di appalti pubblici è illegittima la clausola sociale del bando che scoraggi la partecipazione alla gara e limiti ultroneamente la platea dei partecipanti, poiché la finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto non può ledere i principi di libera concorrenza e libertà d'impresa. La clausola di salvaguardia dei livelli occupazionali non può trasformarsi da elemento afferente all'esecuzione dell'appalto in un elemento tendenzialmente preclusivo della partecipazione.

T.a.r. Calabria, sez. I, 15 marzo 2017, n. 209, Pres. Politi, Est. Testini

Cauzione – Escussione – Costituisce misura patrimoniale priva di carattere sanzionatorio – Impugnabilità diretta

Nelle gare pubbliche l'escussione della cauzione costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura; si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri espressamente accettati e costituisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'amministrazione, un distinto rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore. Ne consegue l'impugnabilità della sola escussione se ritenuta realmente ed esclusivamente lesiva dell'interesse dell'impresa.

Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172, Pres. Caringella, Est. Tarantino

Disciplina di gara – Requisiti più rigorosi e restrittivi di quelli stabiliti dalla legge – La relativa legittimità va valutata sulla base dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza

La disciplina di gara può prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, alla condizione, però, che tali ulteriori prescrizioni siano pur sempre rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura.

T.a.r. Lazio, sez. I quater, 4 aprile 2017, n. 4190, Pres. Mezzacapo, Est. Scala

DURC – Accertamento della regolarità – Appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo – Il relativo accertamento è privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale.

Cons. Stato, sez. IV, 03 marzo 2017, n. 1006, Pres. Poli, Est. Carluccio

DURC – Invito alla regolarizzazione – Preavviso di DURC negativo – Limiti

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7 comma 3, d.m. 24 ottobre 2007, e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31 comma 8, d.l. n. 69/2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Cons. Stato, sez. IV, 03 marzo 2017, n. 1006, Pres. Poli, Est. Carluccio

DURC – Non è consentita la regolarizzazione postuma della posizione previdenziale – Irrilevanza dell'adempiamento tardivo dell'obbligazione contributiva

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8, d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale dovendo l'impresa

essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Cons. Stato, sez. IV, 03 marzo 2017, n. 1006, Pres. Poli, Est. Carluccio

Garanzia fideiussoria – Omessa produzione – Inapplicabilità del soccorso istruttorio

L'omessa produzione, in violazione dell'art. 93, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, della garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario non consente il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50, trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione.

T.a.r. Sardegna, sez. I, 21 aprile 2017, n. 275, Pres. Monticelli, Est. Rovelli

Gravi illeciti professionali – Nozione – Pendenza e non definitività del giudizio avente ad oggetto la contestazione di una risoluzione contrattuale – Non giustifica l'esclusione dalla gara

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, afferente ai "gravi illeciti professionali", deve essere inteso nel senso che la pendenza e la non definitività del giudizio, avente ad oggetto la contestazione di una risoluzione contrattuale pronunciata nei confronti dell'impresa, non giustifica l'esclusione dalla gara

Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955, Pres. Caringella, Est. Franconiero

Impugnabilità degli atti preparatori immediatamente lesivi – Non esime dall'onere di impugnare anche l'atto finale

È ammessa l'immediata impugnabilità degli atti preparatori immediatamente lesivi, allo scopo di garantire un'immediata tutela giurisdizionale, anche cautelare. Tale possibilità non può, tuttavia, tradursi in un esonero dal dovere di impugnare anche l'atto finale. Se, infatti, l'anticipazione della tutela di impugnazione costituisce un ampliamento degli strumenti di tutela degli interessati, attraverso la deroga alla regola generale secondo cui va impugnato solo l'atto finale e conclusivo del procedimento, ciò non esime gli interessati dal far valere anche contro il provvedimento che conclude il procedimento i vizi già sollevati avverso gli atti preparatori, ancorché in via derivata, che, in assenza di impugnativa, si consoliderà nei suoi effetti e diverrà inoppugnabile. In caso contrario ne risulterebbe vanificata la pure meritevole esigenza di tutela di eventuali contro interessati, che potrebbero essere individuati solo all'esito finale del procedimento e che, invece, rimarrebbero estranei dal giudizio avente ad oggetto un atto preparatorio, ai medesimi non notificato.

T.a.r. Lazio, sez. I quater, 4 aprile 2017, n. 4190, Pres. Mezzacapo, Est. Scala

Interdittiva antimafia – Ratio – Identità di applicazione dell'istituto in ogni ipotesi di erogazione di denaro pubblico (contratti o finanziamenti)

La ratio dell'interdittiva antimafia è evitare che la Pubblica amministrazione entri in contatto con soggetti a rischio di condizionamento con la criminalità organizzata, ed eroghi loro denaro pubblico, sia in via diretta, con concessioni o erogazioni, sia a seguito della stipulazione dei contratti, all'esito di procedure di gara; i presupposti che sorreggono il provvedimento prefettizio sono i medesimi, sia che si tratti di contratti, sia che si tratti di finanziamenti, ed è quindi del tutto irrilevante l'occasione per la quale la misura è stata adottata.

Cons. Stato, sez. III, 07 marzo 2017, n. 1084, Pres. Frattini, Est. Santoleri

Offerta economicamente più vantaggiosa – Valutazione con punteggio numerico – La motivazione è sufficiente se i criteri di valutazione sono chiari e dettagliati

Ai sensi dell'art. 95, commi 8 e 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione allorché siano prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; viceversa, in assenza della predisposizione di sub criteri o di griglie di valutazione particolarmente dettagliate, la Commissione di gara può supplire al deficit motivazionale, insito nel punteggio numerico abbinato a criteri preventivi di giudizio non sufficientemente specifici, esplicitando le ragioni dell'attribuzione del punteggio stesso.

T.a.r. Piemonte, sez. I, 27 marzo 2017, n. 414, Pres. Giordano, Est. Pescatore

Offerta sospetta di anomalia – Il giudizio di incongruità deve considerare l'importo complessivo dell'offerta

In sede di gara pubblica, nel sub-procedimento di verifica delle offerte sospettate di essere anomale il giudizio di incongruità non può fondarsi sul solo costo orario del personale, ma deve considerare l'importo complessivo dell'offerta.

Cons. Stato, sez. V, 08 marzo 2017, n. 1094, Pres. Caringella, Est. Franconiero

Omessa specificazione dell'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza aziendale nel bando di gara – Determina l'obbligo di attivare il soccorso istruttorio per le gare bandite prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016

Per le gare pubbliche bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. Codice degli appalti e delle concessioni approvato dal d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2017, n. 1166, Pres. Severini, Est. Perotti

Omesso esame sulla regolarità del DURC – Costituisce indebito diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, quando ometta di esaminare le censure formulate in ordine all'accertamento della regolarità del DURC, nega indebitamente la propria giurisdizione. Nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, la produzione del DURC costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara e pertanto appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità di tale certificazione.

Cass. civ., sez. un., 29 marzo 2017, n. 8117, Pres. Amoroso, Est. Didone

Potere di annullamento in autotutela – Sussiste anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, del quale determina l'inefficacia.

Un potere di annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve riconoscersi ad essa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa.

Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310, Pres. Lipari, Est. Noccelli

Rito "superaccelerato" ex art. 120 – Dies a quo del termine per la proposizione dell'appello

Nel rito appalti "superaccelerato", la "comunicazione della sentenza", che il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 enuclea quale dies a quo del termine per la proposizione dell'appello corrisponde alla comunicazione, alle parti costituite, da parte della Segretaria dell'Ufficio giudiziario, dell'avvenuto deposito della decisione, come si desume dall'art. 89, comma 3, c.p.a., la cui rubrica è, appunto, "pubblicazione e comunicazione della sentenza".

Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2017, n. 1501, Pres. Saltelli, Est. Fantini

Scorrimento della graduatoria – Efficacia temporale delle offerte – Le offerte devono essere "confermate" in sede di interpello

Nelle ipotesi in cui l'Amministrazione decida legittimamente di scorrere la graduatoria non vi è l'indizione di una nuova selezione concorsuale, né formulazione di nuove offerte, tuttavia ciò non vale ad elidere l'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, id est l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento, c'è una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge limita nel tempo), tant'è che le stesse devono essere "confermate" in sede di interpello. Sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione, l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione.

Cons. Stato, sez. III, 06 marzo 2017, n. 1050, Pres. Frattini, Est. Veltri

Soccorso istruttorio – Carenza documentale – È sufficiente una deduzione difensiva che dimostri la sussistenza dei requisiti sostanziali di partecipazione

L'aggiudicataria di una gara pubblica, nei cui confronti è stata dedotta l'illegittima ammissione alla gara per carenze della documentazione allegata all'offerta, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, non deve necessariamente proporre ricorso incidentale ma può limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione.

Cons. Stato, sez. III, 02 marzo 2017, n. 975, Pres. Lipari, Est. Veltri

Diritto tributario

LE MISURE DIRETTE A FAVORIRE L'ADEMPIMENTO TRIBUTARIO DELLE P.M.I.: UNA VISIONE COMPARATA	358
di Enza Sonetti	
LA NUOVA CONTABILITÀ SEMPLIFICATA PER CASSA	364
di Antonio Miele e Maria Luisa Miele	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE	368
a cura di Maria Pia Nastri	

Le misure dirette a favorire l'adempimento tributario delle p.m.i.: una visione comparata

abstract

OECD guidelines, whose aim is to improve cooperation between tax administration and taxpayers, have been followed by the implementation, in member Countries, of cooperation systems with large enterprises as they have internal tax control systems and they are usually faced with complex tax issues. Cooperative compliance systems implementation requires a careful analysis of the reasons that influence taxpayers' behaviour, that is more complex if it is referred to small and medium enterprises. These latter may often benefit from simplification tax measures but, excluding the Netherlands tax legal system here analysed, they are not included in cooperative compliance systems, because of the high costs deriving from them. Nevertheless, they should represent a breeding ground for the development of good practices regarding cooperation with tax administration.

keywords

Tax compliance – Small and Medium Enterprises – Tax morale – Tax risk – Italian and Spanish tax regime – Netherlands tax regime.

abstract

Le linee guida fornite dall'OCSE col fine di migliorare la collaborazione fra fisco e contribuente sono state seguite dall'implementazione nei Paesi membri di sistemi cooperativi con le grandi imprese in quanto dotate di sistemi di controllo interno del rischio fiscale e normalmente tendenti a confrontarsi con temi complessi. La definizione di tali meccanismi richiede una attenta analisi di quelle che sono le ragioni che orientano il comportamento del contribuente che diventa più difficile allorché sia riferita ad una piccola e media impresa. Queste ultime, se si esclude il sistema legislativo olandese qui analizzato, sono sovente destinatarie al più di misure di semplificazione tributaria e non di veri e propri meccanismi di cooperazione, in ragione dei costi elevati che ne deriverebbero ma potrebbero costituire terreno fertile per la diffusione di modelli di impresa socialmente responsabili sotto il profilo della cooperazione con l'amministrazione finanziaria.

parole chiave

Adempimento tributario – Piccole e medie imprese – Morale tributaria – Rischio tributario – Sistema tributario italiano e spagnolo – Sistema tributario olandese.

sommario

Premessa. – **1.** Le ragioni dell'adempimento: la *tax morale* nelle p.m.i. – **2.** La *tax compliance* nelle p.m.i. – **3.** Il sistema olandese: l'*horizontal monitoring*. – **4.** Alcune considerazioni conclusive.

Premessa

I documenti pubblicati a partire dal 2008 dall'OCSE in materia di *cooperative compliance*¹, hanno quale obiettivo primario quello di incrementare l'adempimento spontaneo del contribuente² attraverso la collaborazione con la pubblica amministrazione e la riduzione del cd. *tax risk*³. Nella maggior parte dei casi però, la definizione dei sistemi cooperativi, ha individuato quale interlocutore privilegiato dell'amministrazione finanziaria, le grandi imprese, lasciando fuori le p.m.i. Le ragioni se da un lato possono rinvenirsi in una maggiore complessità dei temi affrontati dalle grandi imprese, riflettono dall'altro il risultato dei costi di questi procedimenti. Le p.m.i. si caratterizzano inoltre per una struttura semplicistica e caratterizzata per lo più da un'organizzazione familiare o controllata e gestita direttamente da colui che detiene la proprietà che presta poca attenzione alla gestione dei rischi⁴.

Non sono pochi però gli studi che, analizzando le ragioni di omesso adempimento dei contribuenti, hanno evidenziato come le p.m.i. avendo una scarsa consapevolezza della propria posizione tributaria, possano incorrere in adempimenti involontari⁵. Per tale

¹ Per tutti si veda OECD *Cooperative Compliance. A Framework From enhanced relationship to cooperative compliance*, Paris, 2013.

² Stando alle parole della Commissione Europea, *tax compliance* sta a significare assenza di evasione tributaria Cfr. WEBER - FOCKEN - HERRMANN, *Behavioural Economics and Taxation*, European Commission Working paper 41/2014, p. 8.

³ Il concetto di "rischio tributario" sfugge ad una definizione ben precisa: lo stesso infatti viene identificato sia come rischio di non conformità, sia come rischio connesso alle operazioni di contabilizzazione. Cfr. AA.VV., *Tax Risk Management: From Risk to Opportunity*, IBFD Book, 2010, pp. 111 ss.

⁴ Cfr. BROCCARDO - CULASSO - GIACOSA - TRUANT, *How to face risk management in Italian SMEs*, in CANTINO - DE VINCENZIIS - RACCA, *Risk management: perspectives and open issues*, London, 2016.

⁵ Cfr. MCKERCHAR, *Understanding small business taxpayers: their sources of information and level of knowledge of taxation*, in *Australia tax forum*, n. 12, 1995, pp 25 ss.

ragione, alcuni Stati hanno adottato meccanismi di semplificazione tributaria destinati agli stessi, codici etici o “Carte” dei diritti del contribuente⁶ o come nel caso dell’Olanda, meccanismi di collaborazione.

1. Le ragioni dell’adempimento: la *tax morale*

La strutturazione di un sistema cooperativo si intreccia con questioni di natura sociologica ed economica che vengono di solito raccolte sotto il nome di *tax morale*⁷. Quest’ultima è sovente definita come la “*intrinsic motivation*”⁸ che indirizza i comportamenti dei contribuenti e che è correlata all’etica di questi ultimi, nonché alla percezione dell’utilizzo del potere e alla fiducia che regge il rapporto fra Stato e cittadino⁹. Occorre però sottolineare che le ragioni che incidono sul cd. *taxpayers compliance behaviour*, non sono identiche ma cambiano in ragione del tipo di contribuente, in particolar per ciò che attiene a Grandi imprese e p.m.i.¹⁰.

Non occorre rammentare che il cittadino sarà influenzato in maniera diversa a seconda dall’approccio utilizzato dalla pubblica amministrazione: in particolare accanto al modello “classico” fondato sull’utilizzo di strumenti deterrenti in cui il contribuente è spinto ad adempiere mediante la minaccia di controlli e sanzioni, si è lentamente affermato negli anni uno che può essere definito *civic duty approach* che fa leva sul dovere civico che muove i cittadini¹¹. Con riferimento al primo tipo di approccio, va segnalato uno studio¹² che evidenziando la complessità del rapporto fra sanzioni e adempimento delle p.m.i. sottolinea come un regime eccessivamente punitivo, sia percepito come una barriera per gli affari che disincentiva l’adempimento spontaneo. Per tale ragione è necessario che il sistema sanzionatorio sia definito in termini deterrenti ma che sia al tempo stesso capace di comprendere le ragioni a base delle violazioni per poter differenziare quelle volontarie da quelle derivanti da meri errori

incolpevoli¹³. L’approccio fondato sul cd. *Civic duty*, parte dalla consapevolezza che i mezzi di deterrenza e di adempimento coattivo incidono sui livelli di adempimento, ma non possono assicurare un’assenza totale di evasione, dovendo essere affiancato da strumenti differenti fondati su incentivi per così dire “premiati”. Al riguardo, possono segnalarsi i meccanismi adottati a Malta¹⁴ o in Cina¹⁵, Cecoslovacchia e Portogallo¹⁶, definiti di “lotteria IVA”¹⁷, attraverso il quale si “premia” come in una lotteria, con agevolazioni e/o deduzioni l’esibizione di ricevute e fatture fiscali con la finalità di disincentivare l’evasione¹⁸.

Fra gli strumenti diretti ad incrementare l’adempimento accanto alla già citata norma deterrente¹⁹ occorre considerare le norme personali e sociali. Le prime hanno ad oggetto le opinioni, che spingono ciascun contribuente ad adempiere spontaneamente mentre le seconde sono espressione dei modelli socialmente diffusi²⁰, considerando soprattutto per le grandi imprese i danni reputazionali relativi all’evasione²¹.

¹³ Cfr. SWISTAK, *cit.*, pp. 144 ss.

¹⁴ http://mfin.gov.mt/en/Services/vat_lottery/Pages/VAT-Lottery-Results.aspx.

¹⁵ Cfr. WAN, *The incentive to declare taxes and tax revenue: the lottery receipt experiment in China*, in *Review of Development Economics*, n. 14.3, 2010, pp. 611.

¹⁶ Cfr. STANLEY-SMITH, *VAT lotteries – driving up compliance from the consumer’s end*, in *International tax review*, 5/02/ 2015; FABBRI - WILKS, *Tax Lotteries: the Crowding-out of Tax Morale and Long-run Welfare Effects*, in https://www.esl.eur.nl/fileadmin/ASSETS/frg/english/BACT/ITax_Lotteries_-_the_crowding-out_of_tax_morale_and_long-run_welfare_effects__Fabbri___Wilks_.pdf

¹⁷ Cfr. FOOKEN - HEMMELGARN - B. HERRMANN, *Improving VAT Compliance - Random Awards for Tax Compliance*, Brussels: European Commission Taxation Papers Working Paper n. 51/2014; H. BROCKMANN - GENSCHER - SEELKOPF, *Happy taxation: Increasing tax compliance through positive rewards*, in *Journal of Public Policy*, Vol. 36, Iss. 3, Settembre 2016, pp. 381 ss.

¹⁸ Cfr. KASTLUNGER - DRESSLER - KIRCHLER - MITTONE - VORACEK, *Sex differences in tax compliance: Differentiating between demographic sex, gender-role orientation, and prenatal masculinization*, in *Journal of Economic Psychology*, Vol. 31, Iss. 4, agosto 2010, pp. 542 ss.

¹⁹ “L’Agenzia delle Entrate italiana, al riguardo ha sottolineato che per ottenere dei risultati attraverso lo strumento dei controlli è necessario che gli stessi siano di qualità, mirati ai contribuenti più a rischio ed in ogni caso tali da garantire il confronto paritario fra le parti”. Agenzia delle Entrate, Circolare del 18 maggio 2011 n. 21.

²⁰ “Un ambiente sociale che abbia fatto proprie norme di onestà e buon comportamento tenderà a sanzionare gli individui che non rispettino le stesse”, CANTANARI - D’ALESSIO, *Le opinioni degli italiani sull’evasione fiscale*, Tema di discussione n. 618, Banca d’Italia 2007, p. 11.

²¹ Rispetto alle norme sociali, si sta affermando in questi anni (non senza suscitare numerosi problemi sotto il profilo della riservatezza) la tendenza a rendere pubbliche le informazioni inerenti il reddito posseduto in virtù dell’idea che un esempio positivo possa avere effetti favorevoli sui cittadini. GUERRA, *La pubblicazione online dei redditi degli italiani da parte dell’Agenzia delle Entrate è illegale. Ecco perché*, in *Ilsole24ore*, 2 maggio 2008.

⁶ Cfr. UNGER, *Ethics codes and taxpayer charters: Increasing tax morale to increase tax compliance*, in *Ejournal of tax research*, Vol. 12, n. 2, 2014, pp. 483 ss.

⁷ Cfr. BENNO, *Tax compliance and tax morale: a theoretical and empirical analysis*, Cheltenham 2007.

⁸ Cfr. FREY., *Tertium Datur: Pricing, Regulating, and Intrinsic Motivation*, in *Kylos*, 1994, 45(2), 161-184, in ALM AND McCLELLAN, *Tax Morale and Tax Compliance from the Firm’s Perspective*, in *Kylos*, 2012, February Vol. 65, No. 1, pp. 1-17.

⁹ Cfr. ALM, *Measuring, explaining, and controlling tax evasion: lessons from theory, experiments, and field studies*, in *Tax Public Finance*, n. 19, 2012, pp. 70 ss.

¹⁰ Cfr. ALLINGHAM - SANDMO, *Income tax evasion: a theoretical analysis*, in *Journal of Public Economics*, 1972, Vol. 1, No. 3-4, pp. 323 ss.

¹¹ Cfr. FELD - FREY, *Trust breeds trust: How taxpayers are treated*, in *Economic of Governance*, n. 3, 2002, pp. 87 ss.; KIRCHLER - HOELZL - WAHL, *Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework*, in *Journal of Economic Psychology*, Vol. 29, No. 2, 2008, pp. 210 ss.

¹² Cfr. SWISTAK, *Tax penalties in SME tax compliance*, in *Financial theory and practice*, n. 40 (1), 2016, pp. 129 ss.

Un ulteriore elemento che incide sull'evasione è dato dall'opportunità o meno di adempiere. Quanto alle possibilità di inadempimento, vengono in rilievo tutte quelle misure anti-evasione: in Italia ad esempio, possono essere richiamate la disciplina in materia di spesometro²² o in materia di uso dei beni intestati ai soci o ai familiari²³ mentre in Spagna assumono particolare rilievo la norma che impone di comunicare conti titoli, valori e beni immobili situati all'estero²⁴ o quelle che prevedono il regime di estimazione oggettiva dei redditi²⁵.

Occorre poi considerare quello che è definito dalla dottrina inglese "fairness"²⁶, ovvero la correttezza che deve reggere i rapporti fra amministrazione finanziaria e contribuenti da un lato e fra i contribuenti stessi dall'altro. La correttezza, unita all'imparzialità e alla fiducia²⁷, incide sulla capacità di adempimento dei contribuenti lungo tre dimensioni: correttezza redistributiva, procedimentale e sanzionatoria²⁸.

Un ultimo elemento che deve essere tenuto in considerazione è quello connesso ai fattori economici che influenzano l'adempimento o l'inadempimento delle obbligazioni tributarie. Al riguardo, va sottolineato come gli studi si siano concentrati spesso sul profilo della pressione fiscale, in particolar modo per quanto concerne quella subita dalle imprese.

Tutti gli elementi fin ora analizzati possono dirsi riferibili a tutti i contribuenti. Limitando però l'analisi alle p.m.i., le teorie sin ora descritte sono spesso state considerate non applicabili alle stesse, per l'impossibi-

lità di valutare la sussistenza di fattori non economici cioè di carattere prettamente personale²⁹. Le piccole imprese a differenza di quelle di grandi dimensioni non sarebbero influenzate dagli effetti sociali connessi all'evasione, dal momento che adempiono molto più facilmente a seconda dei benefici e della qualità dei servizi pubblici ricevuti. Le stesse agirebbero quindi secondo una logica sinallagmatica, molto lontana dai sentimenti di vergogna e riprovazione sociale che muoverebbero i singoli³⁰. In particolare, avrebbero un approccio derivante dalla percezione che hanno del sistema tributario considerato complesso e dall'atteggiamento di timore e di conflitto nei confronti dell'amministrazione finanziaria³¹.

Da tali elementi emerge chiaramente quanto sia difficile definire una strategia per migliorare la capacità di adempimento delle p.m.i.

2. La tax compliance nelle p.m.i

Come già anticipato, sin dai primi documenti l'OCSE, ha dedicato attenzione per lo più alle grandi imprese aventi un margine tendenzialmente più alto di rischio di elusione. Le p.m.i. invece, per dimensioni e per struttura sono quasi sempre state escluse dai programmi specificatamente destinati a favorire l'adempimento spontaneo. Ciò, nonostante il fatto che queste ultime costituirebbero terreno fertile per la definizione delle misure di compliance considerando che già faticano ad essere concorrenziali per pressione fiscale e per costi di adempimento³².

Il *Forum on tax administration* dell'OECD ha analizzato più di una volta la questione inerente i meccanismi di compliance per le p.m.i. sottolinean-

²² Art. 21 d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

²³ Art. 2 cc. da 36 *terdecies* a 36 *duodecies* d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

²⁴ Disposición adicional decimooctava. Obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, Ley General Tributaria.

²⁵ Art. 32 del RD 439/2007 (Rgto IRPF), y el art. 37 del RD 1624/1992 (Rgto IVA).

²⁶ Cfr. KIRCHLER - HOELZL - WAHL, *cit.*

²⁷ «Government can increase compliance by ensuring that individuals feel that they have a say in the manner in which their taxes are spent, that citizens are well informed of the outcome of the vote, and that citizens trust that taxes will be spent in ways consistent with their wishes». Cfr. ALM, *Measuring, explaining, and controlling tax evasion: lessons from theory, experiments, and field studies*, in *International Tax and Public Finance*, Vol. 19, n. 1, 2012, p. 71.

²⁸ Rispetto al primo profilo, si ritiene che abbia una particolare importanza la percezione della equa ripartizione del carico fiscale fra i contribuenti, mentre con riferimento a quella procedurale si fa riferimento al rapporto fra fisco e contribuente che deve tradursi in termini di leale cooperazione. La percezione del rapporto fra "correttezza" dell'amministrazione e sanzioni irrogate in caso di violazioni, fa riferimento al carattere "giusto" – o meglio sarebbe dire "proporzionato" – delle sanzioni imposte. OECD, *Understanding and influencing taxpayer's compliance behaviour*, 2010, p. 30; MURPHY - TYLER, *Procedural justice and compliance behaviour: the mediating role of emotions*, in *European Journal of Social Psychology*, Vol. 38, Iss. 4, 2008 pp. 652 ss.; Cfr. ROZAS - SONETTI, *Tax penalties in a cooperative compliance framework*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, n. 2, 2014, p. 40.

²⁹ Cfr. *Behavioural Economics and taxation*, *cit.*, p. 28.; MARRELLI - MARTINA, *Tax evasion and strategic behaviour of the firms*, in *Journal of Public Economics*, 1998, Vol. 37, pp. 55-69.

³⁰ Cfr. HIBBS - PICULESCU, *Tax Toleration and Tax Compliance: How Government Affects the Propensity of Firms to Enter the Unofficial Economy*, in *American Journal of Political Science*, Vol. 54, n. 1, 2010, pp. 18 ss. Al riguardo va rammentato che non sono pochi i sistemi di *cooperative compliance* che hanno cercato di indurre le imprese a collaborare sulla spinta di meccanismi di pubblicizzazione dei contegni virtuosi, al fine di segnare la differenza fra imprese "socialmente responsabili" e non. Secondo la Commissione Europea "Il rispetto da parte delle imprese degli obblighi tributari può aver un forte impatto positivo sulla società". Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Piano d'azione per rafforzare la lotta alla frode fiscale e all'evasione fiscale, Bruxelles, 6.12.2012, COM (2012) 722 final, p. 6.

³¹ Cfr. *Uk HMRC's anthropological research on motivating compliance*, in OECD *Understanding and influencing taxpayers' compliance behaviour*, *cit.*, p. 28; EVANS - CARLON - MASSEY, *Record Keeping Practices and Tax Compliance of SMEs*, in *EJournal of tax research*, Vol. 3, n. 2, 2005, pp. 288 ss.

³² Fra questi occorre considerare i costi connessi alle diverse scadenze per i pagamenti, alla frequenza dei cambi normativi, alla complessità dei sistemi tributari – che grava maggiormente in assenza di processi di *internal audit* – nonché all'esistenza di diverse amministrazioni tributarie ed ai costi connessi alla tenuta della contabilità da parte di soggetti esterni.

do come il rispetto delle norme dettate in materia di adempimento, richiedendo specifiche competenze, comportamenti significativi costi che incidono sulle capacità reddituali³³. L'attenzione di molti Paesi, pertanto, si è concentrata su misure di semplificazione per l'adempimento delle obbligazioni tributarie. Le stesse sono state sviluppate principalmente lungo tre profili relative alla semplificazione delle attività di determinazione dell'imposta, alla semplificazione delle attività contabili o delle modalità dichiarative o all'esenzione da tutte o alcune imposte.

Con riferimento alla prima tipologia, molti Paesi fra cui l'Italia, hanno previsto l'adozione di metodi presuntivi o del principio di determinazione del reddito per cassa³⁴. Fra le modalità di determinazione presuntiva del reddito, v'è ad esempio l'adozione di un'imposta in misura fissa, uniforme per le imprese che si trovano al di sotto di una determinata soglia reddituale. Questa modalità di imposizione, sebbene riduca le incertezze, le difficoltà di adempimento ed i costi dell'amministrazione tributaria, è potenzialmente distorsiva della concorrenza, non tenendo conto delle differenti misure delle imprese ad essa sottoposta. Fra i metodi presuntivi, uno dei meccanismi più utilizzati è quello dipendente dalla tipologia di attività esercitata, nonché dal numero di impiegati, luogo di esercizio dell'attività e consumi³⁵. In poche parole, su una base di dati variabili, si stima – o sarebbe meglio dire si presume – l'ammontare di ricavi o compensi che possono essere imputati al contribuente come accade nel caso degli studi di settore³⁶. Giova menzionare

al riguardo la proposta di modifica rispetto a questi ultimi, che più che riformare tale strumento, intende superare lo stesso a vantaggio di una misura in grado di stimare il grado di affidabilità del contribuente. L'idea è infatti quella di superare il vecchio modello che induceva spesso i contribuenti ad una esasperata ricerca di ricavi congrui e coerenti, per valutare attraverso differenti parametri il grado di *compliance* degli stessi. Sarà il riferimento al tipo di attività economica, al valore aggiunto e al reddito di impresa, nonché il livello di "dialogo" con l'amministrazione finanziaria, che consentirà di valutare l'affidabilità dei contribuenti³⁷.

Accanto ai metodi presuntivi, occorre menzionare l'utilizzo del metodo di imputazione per cassa. Per le p.m.i. l'adozione del principio di competenza, comporta numerosi svantaggi poiché crea una discrasia fra il reddito netto e i flussi di cassa e non permette di delineare un chiaro disegno della situazione patrimoniale e finanziaria³⁸. Non disponendo solitamente di uffici interni incaricati delle attività contabili, le p.m.i. tendono ad utilizzare forme di contabilità semplificata o ordinaria. Tuttavia, non affiancando al risultato economico, un rendiconto finanziario che evidenzia i flussi di cassa e le ragioni degli stessi, subiscono le conseguenze negative connesse all'utilizzo del principio di competenza, già oggetto di considerazioni critiche per le imprese in generale³⁹. La consapevolezza dell'importanza del cd. *cash flow* ha portato pertanto numerosi Stati a consentire alle p.m.i. di calcolare i propri redditi in tal modo, accantonando il principio di competenza⁴⁰. In particolare, la Legge di Bilancio 2017, ha introdotto la possibilità anche per le imprese in contabilità semplificata, di adottare il meccanismo del principio per cassa, sino ad ora riservato agli esercenti arti e professioni⁴¹.

³³ OECD, *Taxation of SMEs in OECD and G20 countries*, Paris, 2015, p. 90 ss.

³⁴ In Italia, meccanismi semplificati sono previsti in materia di imposte sui redditi, addizionali regionali e comunali, per le piccole imprese. La legge finanziaria per il 2015, l. 190/2014 ai cc. da 54 a 89 art. 1, ha infatti previsto un regime forfettario sostitutivo per persone fisiche esercenti attività d'impresa, arti o professioni, purché rientranti nelle condizioni previste dal c. 54 della l. 190/2014. La norma prevede al riguardo un'imposta sostitutiva unica del 15% delle imposte sui redditi, addizionali comunali e regionali, nonché IRAP, l'esonero dalla tenuta delle scritture contabili ai fini delle imposte sui redditi e dell'Iva. Si veda al riguardo FERRANTI, *Legge di stabilità 2015: il nuovo regime forfettario per imprese individuali, artisti e professionisti*, in *Il fisco*, 4, 2015, p. 307. Sulle recenti modifiche di tale meccanismo FERRANTI, *Il nuovo regime forfettario dopo la legge di stabilità 2016*, in *Corr. Trib.*, n. 11, 2016, p. 815. In particolare è stata ridotta, per i primi 5 anni di attività, l'aliquota dell'imposta sostitutiva dal 15 al 5% ed è stato precluso l'accesso al regime forfettario se nell'anno precedente sono percepiti redditi di lavoro dipendente ed assimilati eccedenti l'importo di 30.000 euro.

³⁵ Al riguardo, basti pensare al meccanismo degli studi di settore esistente in Italia (decreto legge 30 agosto 1993 n. 33) recentemente oggetto di una proposta di modifica.

³⁶ In Spagna per gli autonomi è previsto un meccanismo di "tassazione per moduli" ovvero un regime semplificato di tassazione ai fini IRPEF per le p.m.i. Tale sistema è specificamente destinato ad essere oggetto di opzione da parte di autonomi indicati in un apposito elenco ministeriale che non superino i limiti ivi indicati in termini di redditi, fatturazione ad imprese

o professionisti e volume di acquisti, nonché che non abbiano rinunciato né siano esclusi dal regime semplificato previsto ai fini IVA. In tal caso i contribuenti ammessi a tale regime, potranno ridurre il rendimento netto dei moduli in un 5 per 100. Orden HAP/2430/2015, de 12 de noviembre. Si veda MULEIRO PARADA, *La paulatina reforma de los módulos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, in *RCyT CEF*, n. 400/2016, pp. 57-86.

³⁷ Cfr. MOBILI - PARENTE, *Studi di settore verso l'addio*, in *Issole 24ore*, 8 settembre 2016.

³⁸ OECD, *Taxation of SMEs in OECD and G20 countries*, cit., p. 99 ss.

³⁹ Cfr. LUPI - VERSIGLIONI, *Il 'reddito liquido' e la relativizzazione del principio di competenza*, in *Dial. Trib.*, n. 8, 2015, pp. 407 ss.

⁴⁰ Il legislatore italiano, cosciente delle difficoltà connesse all'utilizzo del principio di competenza, aveva già previsto con il d.lgs. 139/2015, di attuazione della direttiva 2013/34/UE fra le scritture contabili obbligatorie per le imprese che redigono il bilancio ordinario, l'adozione del rendiconto finanziario per dar rappresentazione del *cash flow* della stessa. Tuttavia, tale misura non era stata estesa anche alle p.m.i. per le quali avrebbe rappresentato un indubbio vantaggio. Si veda BELOTTI - QUARANTINI, *Il superamento del principio di competenza nelle p.m.i.*, in *Il fisco*, n. 3, 2016, pp. 257 ss.

⁴¹ Cfr. BELOTTI - QUARANTINI, *Principio di casa per le imprese minori: un ulteriore passo verso il superamento della competenza*, in *Il Fisco*, n. 45, 2016, pp. 4336 ss.; RIZZARSI, *Le imprese minori si*

Semplificazioni sono presenti però non solo in fase di redazione di contabilità ma anche in fase di accertamento, come ad esempio la riduzione dei termini per la notifica degli stessi se destinati a p.m.i.⁴² Infine fra le misure rientranti nella terza categoria, possono essere menzionate quelle dirette ad esentare i redditi posseduti da piccoli e medi contribuenti, allorché non superino determinati limiti annuali⁴³.

3. Il sistema olandese: l'*Horizontal monitoring*

Come già precisato nei paragrafi precedenti, la maggior parte dei Paesi OCSE che hanno adottato meccanismi di *cooperative compliance*, hanno previsto l'accesso agli stessi solo per le imprese di grandi dimensioni. Costituisce un'eccezione degna di nota, il sistema olandese cd. *Horizontal monitoring*, introdotto nel 2005 e aperto dal 2007⁴⁴ anche alle p.m.i.⁴⁵.

Il sistema di cooperazione olandese lungi dall'essere caratterizzato da rapporti verticali, si concreta in un meccanismo di cooperazione orizzontale basato su «una mutua fiducia fra il contribuente e l'amministrazione tributaria, sulla definizione precisa delle responsabilità di ciascuno e delle opzioni disponibili per il rispetto della legge e per la definizione di accordi fra le parti...». Un sistema che non disdegna l'uso della coercizione, ma che anzi lo considera di grande valore purché utilizzato a seguito di un processo di conoscenza delle società⁴⁶. Le indicazioni fornite dall'amministrazione finanziaria olandese, descrivono un rapporto basato su tre pilastri fondamentali: fiducia, empatia e trasparenza. *Conditio sine qua non*, per la realizzazione di tale rapporto è in ogni caso la fiducia che l'amministrazione finanziaria olandese definisce come *the expectation that people and things will not fail us, even though they can. Trust is the willingness to accept the risk (or devote no attention to the risk)*. L'idea a base dell'*horizontal monitoring* è pertanto quella di sostituire il metodo del *control and punishment* fonda-

confrontano con il calcolo dei redditi per casa, in *Corriere Tributario*, n. 11, 2017, pp. 813 ss.

⁴² In Australia, ad esempio i tempi per la notifica degli accertamenti sono in tal caso ridotti, così come in Canada. OECD, *Taxation of SMEs in OECD and G20 countries, cit.*, p. 103

⁴³ In Colombia ad esempio, le piccole imprese, ovvero quelle che hanno ricavi non superiori a 3.200.000 COP o cinquanta impiegati, saranno soggetti ad imposta sul reddito delle società con aliquota ridotta e tendente ad incrementare negli anni: 0% nei primi due anni, 25% per il terzo anno, 50% per il quarto anno e 75% per il quinto. Si veda CIAT, *Los sistemas tributarios de América latina, breve repaso de la legislación*, 2016, pp. 131 ss.

⁴⁴ *The Netherlands Tax Customs and Administration, Guide to horizontal monitoring within the SMEs segment.*, http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/guide_horiz_monit_dv4071z1pleng.pdf.

⁴⁵ Cfr. HERRIJGERS, *Cooperative compliance: small and medium sized entities*, in RUSSO, *Tax assurance*, Deventer, 2015, pp. 163 ss.

⁴⁶ *The Netherlands Tax Customs and Administration, Horizontal monitoring, the medium to very large business p. 11* http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/horizontal_monitoring_very_large_businesses_dv4061z1pleng.pdf

to sull'utilizzo del "potere" con quello di un rapporto basato su fiducia⁴⁷. Un rapporto, che seppur teleologicamente destinato ad un'ottimizzazione del livello di riscossione, non è più contraddistinto da uno Stato leviatano, bensì da un soggetto i cui principi ispiratori sono equità, trasparenza e giustizia e il cui *leitmotiv* è rappresentato dalla riduzione delle incertezze.

Il modello, costruito a partire dalla collaborazione con le grandi imprese, si fonda principalmente su un accordo, il cd. *individual compliance agreement*, che per le p.m.i. è reso possibile attraverso la presenza degli intermediari fiscali. Presupposto essenziale per l'attuazione delle collaborazioni è che i contribuenti abbiano quale obiettivo quello di adempiere alle proprie obbligazioni tributarie quanto meno in modo «accettabile», ovvero di redigere una dichiarazione che sia scevra da errori grossolani e nelle quali siano disposti a dichiarare i redditi posseduti senza alcuna falsità. Ciò è reso possibile attraverso l'implementazione dei sistemi di controllo interni che rispondendo a determinati requisiti, costituiscono la garanzia del corretto adempimento delle obbligazioni tributarie: uno dei tratti caratterizzanti l'*horizontal monitoring* è infatti l'attenuazione dei controlli rispetto ai soggetti coinvolti nei meccanismi di collaborazione. A tal riguardo si parla di *meta-monitoring*, procedimento attraverso il quale l'amministrazione finanziaria riesce a valutare la qualità dei servizi resi da parte degli intermediari fiscali e di conseguenza delle dichiarazioni presentate. Il coordinamento fra controlli interni ed esterni, rappresenta nelle intenzioni del legislatore olandese, il primo elemento per la concretizzazione della linea politica del *no surprise*: nessun elemento sconosciuto, né per l'amministrazione che può contare sull'efficacia dei controlli interni ed esterni, né per il contribuente cui viene riconosciuto altresì uno strumento di interpellato preventivo attraverso il quale dare risposta ai propri dubbi in ordine all'interpretazione ed applicazione di norme tributarie.

Come già anticipato, la particolarità dell'*horizontal monitoring* è che lo stesso, sulla base dei principi ispiratori ora descritti, è aperto anche alle p.m.i.⁴⁸ In tal caso però, l'assetto organizzativo delle imprese medio piccole, che difficilmente dispongono al proprio interno di un ufficio di *compliance* o di una divisione *audit*, incide sul funzionamento del sistema. Sarà pertanto l'intermediario fiscale, cd. *tax service provider*, l'anello di congiuntura, incaricato di guidare e gestire il procedimento per un numero limitato di p.m.i. Quest'ultimo per conto dei propri clienti, stipulerà un accordo di collaborazione con l'amministrazione tributaria, di-

⁴⁷ Cfr. GRIBNAU, *Horizontal monitoring: some procedural tax law issues and their broader meaning*, in RUSSO, *cit.*, p. 186.

⁴⁸ È esclusa in ogni caso, la partecipazione per le p.m.i. operanti in determinati settori quali quello della prostituzione, siti di case mobili e della vendita di droghe leggere, sottoposti ad una speciale forma di supervisione.

retto a «certificare» le attività di controllo poste in essere rispetto all'adempimento degli obblighi tributari⁴⁹.

Di particolare interesse è infine, la modalità di valutazione di eventuali errori e l'approccio agli stessi. Nel caso in cui dal metamonitoraggio emerga infatti un errore, lo stesso sarà analizzato direttamente con il *tax control framework* o intermediario fiscale per poter identificare le cause dell'errore, valutarne le possibilità di rettifica o l'eventuale sistematicità dello stesso. La risposta a tali domande, determinerà o meno l'intervento necessario dell'amministrazione tributaria e l'eventuale applicazione di sanzioni. È però interessante sottolineare come per i soggetti coinvolti nel sistema di cooperazione, sussista un limite di «errore materiale tollerato» che si aggira attorno al 5% dell'imponibile⁵⁰.

4. Alcune considerazioni conclusive

L'idea posta alla base delle indicazioni fornite dall'OCSE è quella di cambiare l'atteggiamento di contribuente nei confronti dell'amministrazione finanziaria e la presunzione di quest'ultima di considerare tutti i contribuenti, come evasori cronici. Occorre però chiedersi se un meccanismo di adempimento collaborativo possa essere la soluzione per incrementare i livelli di riscossione: se cioè, la soluzione sia da individuare solo in un differente *modus operandi* e non anche in un'azione che incida sul *quantum* dell'obbligazione tributaria, in particolar modo allorché la stessa gravi su piccole e medie imprese. Descrivendo le ragioni che incidono sul comportamento del contribuente, si è posto l'accento sulla necessità che il sistema tributario sia in grado di redistribuire «correttezza» nei rapporti col fisco ed evidentemente ciò non può risolversi in una moltiplicazione di semplificazioni che non incidono sulla pressione fiscale.

Inoltre se i sistemi di *cooperative compliance* hanno portato una indubbia riduzione delle incertezze tributarie hanno avuto però come moneta di scambio una parziale rinuncia alla libertà di pianificazione fiscale da parte dei contribuenti⁵¹. In particolare, con riferimento al sistema dell'*horizontal monitoring* sopra descritto, non sono poche voci critiche che sono state sollevate rispetto all'assenza di meccanismi di controllo relativi

all'efficienza e all'efficacia⁵² del programma e rispetto alla compatibilità del sistema coi principi di legalità e certezza del diritto: si consideri infatti che questo, come molti altri sistemi cooperativi fa riferimento a concetti come *acceptable return*, *materiality error* o *responsive enforcement* senza fornirne una definizione in lessico giuridico e impone un sistema basato su una mutua fiducia che potrebbe tradotto solo attraverso affidamento e buona fede⁵³.

Nonostante tutti gli spunti critici, non può nascondersi però, che si tratti di un esperimento unico, che si caratterizza sicuramente per coraggio ed innovazione nelle intenzioni. È di fondamentale importanza segnalare come da un lato, l'attribuzione di determinate responsabilità agli intermediari fiscali, consenta in un certo qual senso di evitare che tutta la gestione delle questioni tributarie sia lasciata nelle mani degli imprenditori incidendo notevolmente anche sulle capacità di crescita di queste ultime⁵⁴. Dall'altro la previsione di uno specifico trattamento sanzionatorio «di favore» per i soggetti facenti parte del meccanismo di collaborazione, consente di creare una linea di demarcazione fra contribuenti che intendono adempiere alle proprie obbligazioni e contribuenti che preferiscono mantenere un rapporto di diffidenza-conflitto con l'amministrazione finanziaria.

⁴⁹ La selezione degli intermediari avviene ad opera delle associazioni professionali di categoria che hanno stipulato a loro volta accordi con l'amministrazione finanziaria olandese per assicurare alcuni standard di professionalità: *SRA – e NOAB –*. Coloro che non sono iscritti ad una di queste due associazioni, hanno la possibilità di accedere ad un programma specifico, gestito dal cd. *national service provider account team*, attraverso delegazioni regionali.

⁵⁰ L'amministrazione finanziaria olandese, determinerà l'ammontare dell'ammenda utilizzando una apposita tabella. Veda si al riguardo *The Netherlands Tax Customs and Administration, Horizontal monitoring, the medium to very large business*, p. 77.

⁵¹ Cfr. CALDERÓN CARRERO - QUINTAS SEARA, *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza en la era BEPS*, Navarra, 2015, cit., p. 137.

⁵² Mancano infatti dei coefficienti oggettivi in grado di consentire la valutazione dell'efficienza ed efficacia del sistema. Cfr., ROZAS, *Los sistemas de relaciones cooperativas: una perspectiva de derecho comparado desde el sistema tributario español*, in IEF, *Instituto de estudios fiscales*, Documento de trabajo n. 6, 2016, p. 81.

⁵³ Cfr. CALDERÓN CARRERO - QUINTAS SEARA, cit. p. 138; ROZAS, cit., p. 81; Cfr. ROZAS - NASTRI - SONETTI, *Tax good governance in Italy and Spain*, in CANTINO - DE VINCENZIIS - RACCA, cit., pp. 974 ss.

⁵⁴ Cfr. HERRINJGERS, cit., p. 164.

Antonio Miele

Cultore della materia in Diritto Tributario della Seconda Università degli Studi di Napoli – Dipartimento di Economia, Dottore commercialista, Avvocato del foro di Santa Maria Capua Vetere, dottorando in Diritto Comparato e processi di integrazione

Maria Luisa Miele

Laureanda in economia aziendale presso università "Bocconi"

La nuova contabilità semplificata per cassa*

abstract

According to the fiscal news after the 2017 Budget Law, a new system to determine income has been introduced for the firms that use simplified accounting systems: the cash basis. The law 232/2016 (section 1, paragraph 17) modified the section 66 of Tuir and the section 18 of Presidential Decree 600/73: firms that use simplified accounting systems will adopt the cash basis to determine income. It will change some aspects of accounting and statutory pension schemes.

keywords

Budget law – Simplified accounting systems – Income determination.

abstract

Tra le novità di carattere fiscale, apportate dalla legge di bilancio 2017, è da annoverare l'introduzione di un regime di determinazione del reddito, per le imprese in contabilità semplificata, diverso da quello in essere: il regime di cassa. L'articolo 1, comma 17 della legge 232/2016 ha modificato sia l'articolo 66 del Tuir sia l'articolo 18 d.P.R. 600/73, introducendo, per le imprese che applicano il regime contabile semplificato, il principio di cassa in luogo di quello per competenza nella determinazione del reddito, modificando conseguenzialmente gli aspetti contabili e i registri obbligatori.

parole chiave

Legge di bilancio – Contabilità semplificata – Determinazione reddito.

sommario

1. Disciplina dell'art. 66 del Tuir e dell'art. 18 d.P.R. 600/72 al 31/12/2016. – **2.** Disciplina dell'art. 66 del Tuir e dell'art. 18 d.P.R. 600/72 al 1/1/2017. – **3.** Scritture contabili dei semplificati art. 18 d.P.R. 600/72 al 1/1/2017. – **4.** Conclusioni.

1. Disciplina dell'art. 66 del Tuir e dell'art. 18 d.P.R. 600/72 al 31/12/2016

Affinché si potesse accedere alla contabilità semplificata, l'articolo 18, comma 1, del d.P.R. 600/72, aveva

previsto dei limiti dimensionali e dei limiti soggettivi.

Sotto il profilo soggettivo, il regime semplificato era applicabile:

- Alle società di persone;
- Alle persone fisiche che esercitano un'attività di impresa ai sensi dell'articolo 55 del Tuir;
- Agli Enti commerciali, relativamente all'attività commerciale svolta.

Tali soggetti, nel rispetto dei limiti dimensionali previsti dall'articolo de quo, erano esonerati dalla tenuta delle scritture contabili.

I limiti dimensionali dei ricavi, per l'accesso al regime semplificato, erano pari ad € 400.000.00, per le prestazioni di servizi e € 700.000.00 per le altre attività¹.

Qualora un soggetto avesse svolto contemporaneamente sia un'attività di servizi sia un'attività di non servizi, ai fini dell'ammissione al regime di contabilità semplificata, si doveva far riferimento all'ammontare dei ricavi relativi all'attività prevalente.

Ai fini della quantificazione dei ricavi il criterio assunto per la determinazione degli stessi, era quello di competenza.

Sia le plusvalenze patrimoniali (art. 86) che le sopravvenienze attive (art. 88) non concorrevano alla determinazione del limite di cui all'art. 18.

Nell'ipotesi in cui un soggetto avesse iniziato l'attività nel corso dell'esercizio, l'ammontare dei ricavi doveva essere rapportata ad anno.

La determinazione del reddito per le c.d. imprese minori, era costituito dalla differenza tra l'ammontare dei ricavi conseguiti nel periodo di imposta e l'ammontare delle spese maturate nel medesimo periodo.

Tale differenza veniva aumentata delle sopravvenienze attive e delle plusvalenze realizzate nonché diminuita delle sopravvenienze e plusvalenze passive.

Infine concorrevano alla determinazione del reddito le rimanenze finali di beni e servizi nonché le rimanenze iniziali.

* Il paragrafo 1 e 2 è a cura di Antonio Miele i paragrafi 3 e 4 sono a carico di Maria Luisa Miele.

¹ F. TESAURO, *Istituzione di diritto Tributario-parte speciale*, p. 75, UTET, Torino, 2014.

La determinazione del reddito delle imprese minori, doveva avvenire nel rispetto del principio della competenza, in considerazione dell'esplicito richiamo fatto dall'articolo 66 all'articolo 109 e quindi del principio di correlazione fra costi e ricavi.

I soggetti ammessi al regime di contabilità semplificata, erano esonerati dalla tenuta delle scritture contabili e quindi gli unici adempimenti che dovevano essere posti in essere erano relativi alla contabilità iva.

Pertanto i soggetti tenuti alla contabilità semplificata dovevano istituire:

- Il registro dei corrispettivi;
- Il registro delle fatture emesse;
- Il registro degli acquisti;

Nei registri iva andavano annotate separatamente, entro il termine stabilito per la presentazione della dichiarazione annuale, le operazioni non soggette ad iva e più precisamente:

- Ratei e risconti;
- Fatture da emettere e da ricevere;
- Plusvalenze;
- Sopravvenienze attive;
- Minusvalenze;
- Sopravvenienze passive;
- Perdite di beni strumentali;
- Compensi spettanti agli amministratori in misura fissa;
- Oneri di utilità sociale;
- Accantonamenti di quiescenza e previdenza;
- Spese relative a più esercizi;
- Le spese di lavoro dipendenti sempre che risultino regolarmente indicate nei libri contabili previsti dalle norme sul lavoro.

Relativamente ai beni ammortizzabili, il contribuente che aveva adottato la contabilità semplificata poteva utilizzare il registro dei beni ammortizzabili di cui all'articolo 16 d.P.R. 600/73 o includere nel registro degli acquisti le registrazioni dei beni ammortizzabili.

2. Disciplina dell'art. 66 del Tuir e dell'art.18 d.P.R. 600/72 al 1/1/2017

Sulla base del nuovo disposto normativo, dal primo gennaio dell'anno 2017, per i contribuenti che sono in possesso dei requisiti dimensionali per poter accedere al regime semplificato, non è più applicabile il principio di competenza, bensì il regime per cassa, che diventa il regime "naturale".

Il nuovo regime è infatti, immediatamente applicabile, non solo alle imprese che iniziano l'attività dopo il primo gennaio 2017, ma anche alle imprese già in attività a tale data.

Di conseguenza, salvo l'esercizio di una specifica opzione o di un comportamento concludente rivolto all'adozione del regime ordinario, l'impresa in posses-

so dei requisiti di cui all'articolo 18 d.P.R. 600/73, dovrà applicare il nuovo regime per cassa in luogo del principio di competenza.

Infatti, per effetto della legge 232/2016, sono stati espunti dall'articolo 66 commi 1 e 3 del TUIR i seguenti riferimenti:

- Agli articoli 92, 93 e 94 del TUIR (concorso al reddito delle variazioni delle rimanenze) con la conseguenza che le spese per le merci acquistate diventano deducibili nel periodo in cui il costo è stato sostenuto;
- All'art. 109 commi 1 e 2 del TUIR (principio generale di competenza e i correlati criteri di certezza e determinabilità oggettiva);
- Alla possibilità di dedurre nell'esercizio di registrazione del contratto le spese per importi non superiori a 1.000,00 euro relative a contratti a corrispettivi periodici (previgente art. 66 comma 3 terzo e quarto periodo del TUIR).

Pertanto, a partire dall'anno 2017, il reddito delle imprese minori, è "costituito dalla differenza tra l'ammontare dei ricavi di cui all'articolo 85 e dagli altri proventi di cui all'articolo 89, dividendi ed interessi, percepiti nel periodo di imposta e quello delle spese sostenute nel periodo stesso nell'esercizio dell'attività di impresa.

Poiché i ricavi concorrono alla formazione del reddito nel momento dell'incasso, è importante individuare l'esatto momento in cui si considera effettuato lo stesso se il pagamento avviene a cavallo dell'anno con mezzi diversi dal contante.

A tal fine si ritiene opportuno far riferimento alla Risoluzione n. 138/2009 e n. 38/2010 circa gli esercenti arti e professioni, in base alla quale l'assegno bancario si considera incassato nel momento della consegna e non quando avviene il versamento sul conto, conseguenzialmente il ricavo si considera percepito a quella data; invece, in ipotesi di bonifico o carta di credito il ricavo si considera percepito nel momento dell'accredito.

Il nuovo articolo 66 al comma 1 conferma il concorso al reddito degli altri componenti positivi e negativi, come il valore normale dei beni destinati al consumo personale o familiare, nel caso di impresa individuale, i proventi immobiliari, le plusvalenze realizzate, le sopravvenienze attive, le minusvalenze le sopravvenienze passive.

Continuano a concorrere alla formazione del reddito gli altri componenti indicati al comma 2, quali le quote di ammortamento, le perdite su crediti e di beni strumentali, gli accantonamenti di previdenza e quiescenza, al comma 3 primo e secondo periodo, quali spese di lavoro dipendente, oneri di utilità sociale, spese relative a più esercizi, oneri fiscali e contributivi.

Non assumono invece più rilevanza, ai fini della determinazione del reddito, le rimanenze finali ed iniziali, di cui agli articoli 92, 93, 94 del TUIR.

A tal proposito il legislatore ha previsto una dispo-

sizione transitoria, in base alla quale nel primo anno di adozione del nuovo regime, le rimanenze iniziali sono deducibili dal reddito.

Infatti, in considerazione del fatto che le rimanenze iniziali sono le medesime rimanenze finali tassate nell'esercizio precedente, avremmo avuto una duplicazione di imposta qualora non fossero state considerate deducibili con il passaggio al regime per cassa.

Infine, per evitare salti o duplicazione di imposizione, in ipotesi di passaggio da un regime di determinazione del reddito, secondo il principio di competenza, ad un periodo di imposta soggetto al principio di cassa, i ricavi, i compensi e le spese che hanno già concorso alla formazione del reddito, in base alle regole del regime di determinazione del reddito d'impresa precedentemente adottato, non assumono rilevanza nella determinazione del reddito degli anni successivi.

Un aspetto particolarmente delicato e controverso, riguarda il riporto delle perdite.

Infatti non è mutato il regime delle perdite fiscali, che possono essere utilizzate esclusivamente in riduzione del reddito complessivo e quindi non possono essere riportate in esercizi successivi.

La mancata previsione del riporto delle perdite nei periodi successivi, oltre ad essere eccessivamente penalizzante, genera una disparità di trattamento, ingiustificata, rispetto ai contribuenti forfettari per i quali è prevista.

Inoltre, nel primo anno di applicazione del criterio di cassa, le rimanenze iniziali devono essere dedotte generando molto probabilmente il conseguimento di una perdita che non potrà mai essere compensata con eventuali utili relativi a periodi successivi.

È evidente che senza la possibilità del riporto delle perdite, il nuovo regime di contabilità semplificata, rischia di creare non pochi problemi alle imprese, soprattutto nei confronti del sistema bancario.

Per ovviare a questo problema, si rende necessario un intervento legislativo finalizzato all'introduzione di una norma correttiva, che in caso di perdite, consenta il riporto delle stesse negli anni successivi.

Altro problema particolarmente delicato è relativo al riporto delle perdite su crediti,² problema che l'Agenzia dell'Entrate ha risolto affermando, a Telefisco 2017, che le perdite su crediti sono deducibili per competenza se relative a componenti positivi che hanno concorso a formare il reddito entro il 2016.

Altro dubbio che permane è quello relativo all'eventuale opzione per la contabilità ordinaria^{3/4}, posta

² G. FERRANTI, *Perdite su crediti ancora deducibili*, in *Sole 24 Ore* del 17 marzo 2017, p. 51.

³ Art. 18, comma 6, d.P.R. 600/73: «Il contribuente ha la facoltà di optare per il regime ordinario. L'opzione ha effetto dall'inizio del periodo di imposta nel corso del quale è esercitata fino a quando non è revocata e in ogni caso per il periodo stesso e per i due successivi».

⁴ Art. 1, d.P.R. 442/1997: «L'opzione e la revoca dei regimi di determinazione dell'imposta o dei regimi contabili si desumono

in essere dal contribuente negli anni 2015 o 2016.

Il problema che sorge è relativo al fatto che, poiché detta opzione è obbligatoria per tre anni, ci si chiede se la stessa sia derogabile essendo mutata la determinazione del reddito.

Nessun chiarimento è stato fornito dall'amministrazione, ma una risposta positiva la si potrebbe ricavare interpretando analogicamente la disciplina applicata ai fuoriusciti dal regime di vantaggio.

Questi, infatti, hanno potuto optare per il nuovo regime forfettario e non sono stati costretti ad adottare il regime ordinario⁵.

3. Scritture contabili dei semplificati art. 18 d.P.R. 600/72 al 1/1/2017

Con le modifiche apportate dalla legge di bilancio 2017, anche l'articolo 18 del d.P.R. 600/73 è stato consequenzialmente rettificato, al fine di adeguare l'impianto contabile dei contribuenti minori, al nuovo regime di determinazione del reddito per cassa. In particolare, questi ultimi possono optare per tre modelli di rilevazione contabile:

- Registrazione sui registri cronologici di incassi e pagamenti;
- Registrazione sui registri iva con annotazioni;
- Registrazione sui registri iva senza annotazioni (regime opzionale).

La prima modalità prevede la tenuta dei registri di incassi e pagamenti, nei quali annotare cronologicamente i ricavi percepiti e le spese sostenute nell'esercizio, con riferimento alla data di incasso o di pagamento.

Relativamente ai ricavi si dovrà indicare il relativo importo, le generalità, l'indirizzo ed il comune di residenza anagrafica del soggetto che effettua il pagamento, gli estremi della fattura emessa.

In un diverso registro andranno annotate cronologicamente e con riferimento alla data di pagamento, le spese sostenute nell'esercizio.

Entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi andranno annotati nei registri obbligatori, gli altri componenti positivi e negativi di reddito.

La seconda modalità è disciplinata dal nuovo comma 4 dell'articolo 18 che prevede l'istituzione dei soli registri iva e «in luogo delle singole annotazioni relative ad incassi e pagamenti, nell'ipotesi in cui l'incasso o il pagamento non sia avvenuto nell'anno di registrazione, nei registri deve essere riportato l'importo complessivo dei mancati incassi o pagamenti con l'indicazione delle fatture cui le operazioni si riferiscono».

La contabilità quindi sarà tenuta registrando tutti i documenti attivi e passivi sui registri iva e solo alla data di chiusura dell'esercizio si dovrà verificare quali

da comportamenti concludenti del contribuente o dalle modalità di tenuta delle scritture contabili (...).

⁵ M. FIAMMELLI, *Nuovi semplificati per cassa: opzioni azzerate al 1° gennaio*, *Fiscal Focus*, 20 marzo 2017, p. 1.

fatture siano state incassate o pagate. Pertanto al posto delle singole annotazioni relative ad incassi e pagamenti, nei registri dovrà essere riportato l'importo complessivo dei mancati incassi o pagamenti, con l'indicazione delle fatture cui le operazioni si riferiscono.

Infine, i contribuenti in contabilità semplificata, possono esercitare un'opposita opzione, valida per un triennio, in base alla quale sarà possibile gestire la contabilità con i soli registri iva, senza operare annotazioni relative ad incassi o pagamenti, con l'unico obbligo di registrare separatamente le operazioni non soggette a registrazione iva. In tal caso opera la presunzione di incasso e pagamento alla data di registrazione.

In ogni caso sarà sempre possibile optare per il regime contabile ordinario e l'opzione avrà valenza triennale.

A tal fine si potrà tenere un comportamento concludente ai sensi dell'articolo 1 comma 1 del d.P.R. 442/97 o comunicare l'opzione per la contabilità ordinaria mediante la compilazione del quadro VO, nella prima dichiarazione annuale Iva da presentare successivamente alla scelta operata.

4. Conclusioni

Con l'introduzione del principio di cassa per le imprese minori si è voluta offrire la possibilità a detti contribuenti di dichiarare il proprio reddito solo al momento dell'incasso e quindi generare una perfetta coincidenza tra quanto incassato e pagato e base imponibile ai fini IRPEF.

L'obiettivo del legislatore è stato quello di promuovere un nuovo sistema che tassi solo i redditi effettivamente incassati e quindi vada incontro all'esigenze di quelle aziende che subiscono ritardi nell'incasso dei crediti.

Ma se il fine del legislatore è senza dubbio da apprezzare, altrettanto non si può dire circa l'estensione del provvedimento.

In primo luogo non ci si trova di fronte ad un criterio di "cassa pura" ma piuttosto ad un criterio misto di "cassa-competenza".

Infatti sicuramente si applica il criterio di cassa per quei componenti esplicitamente richiamati dalla nuova formulazione dell'articolo 66, mentre il principio di competenza permarrebbe per altre voci quali gli ammortamenti, accantonamenti, spese del personale, canoni di leasing etc.

È indiscutibile che il testo della norma presenti profili di incertezza interpretativa; infatti se ci si sofferma sull'utilizzazione dei verbi, ci si rende conto che il legislatore ha usato la medesima espressione, "spese sostenute", sia nella vecchia stesura dell'articolo 66, per avallare il principio di competenza, sia nella nuova stesura, per ribadire il principio di cassa;

In realtà, in questo caso il dubbio viene superato dall'analisi del combinato disposto del vecchio e del nuovo articolo 66, con il vecchio ed il nuovo articolo

18, ma è indubbio che detta situazione rappresenta in maniera chiara le difficoltà interpretative della riforma posta in essere.

È dunque auspicabile un intervento legislativo finalizzato a fugare ogni perplessità in merito e consentire di conseguenza la corretta applicazione della norma.

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Fermo amministrativo – Organo territorialmente competente – Fisco – Domicilio del contribuente – Ruolo

Il provvedimento di fermo amministrativo emanato da un organo territorialmente incompetente è illegittimo. Ogni atto impositivo, infatti, deve essere emesso dall'organo territorialmente competente; la competenza territoriale è individuata dall'art. 31 del d.P.R. n. 600/1973 con riferimento al domicilio fiscale del contribuente. Analogamente, per quanto riguarda i ruoli, ai sensi dell'art. 12 del d.P.R. n. 602/1973, l'ufficio accertatore forma i ruoli distinti per ciascuno degli ambiti territoriali in cui i concessionari operano, così come l'art. 24 del d.P.R. n. 602/1973 dispone che l'ufficio consegna il ruolo al concessionario nell'ambito territoriale cui esso si riferisce. Da ciò consegue l'illegittimità del provvedimento di fermo emesso da soggetto carente di competenza territoriale. Quindi, l'illegittimità del provvedimento esecutivo deriva dalla pregressa illegittimità della formazione del ruolo, consegnato al concessionario di un ambito territorialmente diverso da quello di spettanza.

Cass. civ., sez. V, 29 marzo 2017, n. 8049, Pres. D. Chindemi, rel. A. M. Fasano

Iva – accertamento – detrazioni – congruità costi e ricavi – antieconomicità – elementi oggettivi

In tema di accertamento Iva la Corte di Cassazione ha rilevato che il potere dell'Amministrazione finanziaria, ai fini dell'accertamento delle imposte dirette, di valutare la congruità dei costi e dei ricavi esposti nel bilancio e nelle dichiarazioni e di effettuare l'eventuale rettifica non è automaticamente applicabile in materia di detraibilità dell'IVA, trattandosi un tributo armonizzato. Il diritto alla detrazione, infatti, è correlato ai soli requisiti di esigibilità e inerenza dell'acquisto. Pertanto, l'Amministrazione finanziaria non può rideterminare il valore delle prestazioni e dei servizi acquistati dall'imprenditore escludendo il diritto a detrazione per le ipotesi in cui il valore di tali beni e servizi sia ritenuto antieconomico solo perché inferiore al valore normale ma solo ove riscontri elementi oggettivi di antieconomicità, come la non veridicità della fattura, la non effettività dell'operazione, la non verità del prezzo o la mancanza del requisito dell'inerenza. Solo in tali ipotesi di comportamento fraudolento del contribuente l'Amministrazione finanziaria potrà procedere ad una rettifica della detrazione Iva e quindi di attribuire al contribuente l'onere di dimostrare che la prestazione del bene o del servizio è inerente e non antieconomica.

Cass. civ., sez. V, 3 febbraio 2017, n. 2875, Pres. F. Tirelli- Rel. L. Luciotti

Sequestro preventivo – Confisca per equivalente – Rappresentante legale – Profitto del reato – Reato tributario

In tema di reati tributari, è legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca "per equivalente" dei beni del legale rappresentante, se questi non dimostra la sussistenza dei presupposti per disporre il sequestro in forma diretta nei confronti della società. Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per i reati tributari commessi dal rappresentante legale di una società, è legittimo sia con riferimento ai beni dell'ente sia con riferimento ai beni del rappresentante legale stesso. Nel primo caso il sequestro preventivo è finalizzato alla confisca diretta del profitto rimasto nella disponibilità di una persona giuridica, derivante dal reato tributario commesso dal suo legale rappresentante; nel secondo caso, il sequestro preventivo è funzionale alla confisca per equivalente dei beni dell'imputato, nel caso in cui dallo stesso soggetto non sia stata fornita la prova della concreta esistenza di beni nella disponibilità della persona giuridica su cui disporre la confisca diretta. Nel caso di specie, nessuna prova della concreta esistenza di beni nella disponibilità della persona giuridica è stata fornita dal ricorrente.

Cass. pen., sez. III, 27 febbraio 2017, n. 9371, Pres. E. Rosi, rel. A. M. Socci

Spese legali per la difesa penale dei propri dipendenti – Indeducibilità – Spese inerenti e conseguenti – Art. 109, comma 5, d.P.R. 917/1986

I costi sostenuti da una società per la difesa penale dei propri dipendenti querelati da altri dipendenti della società stessa nell'ambito del rapporto di lavoro non sono deducibili. Accogliendo il ricorso dell'Agenzia delle Entrate, la Suprema Corte ha sancito il principio di diritto per cui tali costi difettano del requisito dell'inerenza, poiché privi di qualsiasi correlazione tra la spesa e una "attività potenzialmente idonea" a produrre utili. Gli Ermellini hanno,

dunque, disconosciuto la ricostruzione di tale tipo di costi effettuata dalla Commissione Tributaria Regionale del Piemonte, che ne aveva giustificato la deducibilità assimilandoli a spese finalizzate a garantire la sicurezza e la salute degli ambienti di lavoro.

Cass. civ., sez. V, 10 marzo 2017, n. 6185, Pres. S. Bielli, rel. G. Tedesco

Ufficiale notificatore – Notifica dell'atto tributario – Relata di notifica – Difformità dal modello legale – Frontespizio

Non è nulla la notifica dell'atto tributario quando la relata, anziché in calce, sia erroneamente apposta sul frontespizio, ma l'interessato non contesti specificamente la completezza e conformità all'originale dell'atto notificatogli. Infatti, al di fuori dei casi di radicale inesistenza per totale mancanza o irriconoscibilità della notificazione, la difformità dal modello legale genera mera nullità, sanabile ex tunc per raggiungimento dello scopo. Inoltre, non può dichiararsi la nullità della notifica dell'atto impositivo per apposizione della relata sul frontespizio anziché in calce ove non siano oggetto di specifica contestazione la completezza e conformità dell'atto notificato, il quale contenga in ogni foglio il numero della pagina e l'indicazione del numero complessivo di esse. La relazione di notifica apposta dall'ufficiale notificatore sul frontespizio dell'atto partecipa comunque alla stessa natura certificativa degli atti propri dell'ufficiale giudiziario, sicché in relazione agli elementi che risultano così attestati ha valore probatorio fino a querela di falso.

Cass. civ., sez. V, 31 marzo 2017, n. 8432, Pres. S. Bielli, rel. G. Fuochi Tinarelli

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Imposta sul valore aggiunto – Art. 13, parte A, paragrafo 1, lettera n) – Esenzione di talune prestazioni di servizi culturali – Assenza di efficacia diretta

L'art. 13 parte A, par. 1 lett. n) della sesta direttiva 77/388/CEE che prevede l'esenzione di «talune prestazioni di servizi culturali» non è dotato di efficacia diretta: in assenza di trasposizione nel diritto nazionale pertanto, non può essere direttamente invocato da un organismo di diritto pubblico o, come nel caso di specie, da un organismo senza scopo di lucro riconosciuto dallo Stato membro per ottenere il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto versata. Considerando tali prestazioni come esenti in quanto riferiti a servizi culturali, l'ente infatti aveva chiesto il rimborso dell'imposta versata durante annualità precedenti. In questo caso però la Corte di Giustizia, ribadendo un suo costante orientamento, ha chiarito che in assenza di recezione da parte dello Stato membro, solo le disposizioni che da un punto di vista sostanziale, appaiano categoriche e sufficientemente precise possono essere fatte valere di fronte ai giudici nazionali.

Corte giust., sent. del 15 febbraio 2017, C-592/15, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs c. British Film Institute*.

Iva – Procedura di esdebitazione – Riscossione – Procedura fallimentare – Art. 4, paragrafo 3 TUE

Risulta compatibile con la normativa comunitaria la procedura di esdebitazione che consente, a certe condizioni, di dichiarare inesigibili i debiti IVA. Tale procedura, infatti, non risulta essere contraria all'obbligo degli Stati membri dell'Unione europea di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione. La procedura di esdebitazione, dunque, può considerarsi assoggettata a condizioni di applicazione rigorose che offrono garanzie per quanto riguarda segnatamente la riscossione dei crediti IVA, non costituendo in tal modo quella che la Corte qualifica come "rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'IVA".

Corte giust., sent. del 16 marzo 2017, C-493/15, *Agenzia delle Entrate c. M. Identì*

Diritto internazionale

L'ESCLUSIONE DALLO STATUS DI RIFUGIATO PER I PARTECIPANTI ALLE ATTIVITÀ DI UNA RETE
TERRORISTICA

Nota a Corte di Giustizia (Grande Sezione), 31 gennaio 2017, causa C -573/14,

Commissaire general aux refugies et aux apatrides c. Mustafa Lounani 372
di Fortuna Giovarelli

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA 384
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli



L'esclusione dallo status di rifugiato per i partecipanti alle attività di una rete terroristica.

Nota a Corte di Giustizia (Grande Sezione), 31 gennaio 2017, causa C -573/14, Commissaire general aux refugies et aux apatrides c. Mustafa Lounani

abstract

The member States have to deny the status of refugee also to whoever conducts an indirect action to support terrorist acts, without committing the actions themselves. The Court has clarified that refusal to the concession of the asylum has to be opposed not only if the applicant is direct author of a terrorist act, but also if they contribute, as member of the network, to the recruiting activity, to the organization, transport or equipping of the foreign fighters.

keywords

Directive 2004/83/CE – Status of refugee – Terrorist acts.

abstract

Gli Stati membri devono negare lo status di rifugiato anche a chi svolge un'attività "indiretta" volta a favorire atti terroristici. La Corte ha chiarito che il diniego alla concessione dell'asilo deve essere opposto non solo se il richiedente è autore diretto di un atto terroristico, ma anche se partecipa, come appartenente a una rete, all'attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento dei foreign fighters.

parole chiave

Richiesta d'asilo – Terrorismo – Direttiva 2004/83/CE – Decisione Quadro 2002/475/GAI – Condanna penale per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico – Nozione di "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite – Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato.

Richiesta d'asilo – Legittimità rifiuto – Partecipazione atti terroristici

Una domanda di asilo può essere respinta qualora il richiedente abbia partecipato alle attività di una rete terroristica. Non è necessario che il richiedente asilo abbia

personalmente commesso specifici atti terroristici né che li abbia istigati o abbia partecipato alla commissione di atti di tal genere.

Corte di Giustizia (Grande Sezione), 31 gennaio 2017, causa C -573/14, *Commissaire general aux refugies et aux apatrides c. Mustafa Lounani*

(omissis)

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

28 Nel 1991 il sig. Lounani ha lasciato il Marocco e si è recato in Germania dove ha presentato una domanda d'asilo, che è stata respinta. Nel 1997, egli è giunto in Belgio e da allora vi soggiorna illegalmente.

29 Con sentenza del 16 febbraio 2006, il sig. Lounani è stato condannato dal tribunal correctionnel de Bruxelles (Tribunale penale di Bruxelles, Belgio), sulla base, in particolare, dell'articolo 140 del codice penale modificato, a una pena di sei anni di reclusione per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, nella specie la cellula belga del «gruppo islamico dei combattenti marocchini» (in prosieguo: il «GICM»), in qualità di membro dirigente, nonché per associazione a delinquere, falso e uso di documenti falsi e soggiorno illegale.

30 I fatti sui quali il tribunal correctionnel de Bruxelles (Tribunale penale di Bruxelles) si è fondato per dichiarare il sig. Lounani colpevole di partecipazione alle attività di un gruppo terroristico sono stati sintetizzati nel seguente modo nella decisione di rinvio: «supporto logistico a un'impresa terroristica mediante, in particolare, servizi materiali o intellettuali», «contraffazione di passaporti» e «cessione fraudolenta di passaporti»; «partecipazione attiva nell'organizzazione di una filiera per l'invio di volontari in Iraq». In particolare, la cessione fraudolenta di passaporti nella sentenza del 16 febbraio 2006 è stata qualificata come «atto di partecipazione all'attività di una cellula che fornisce il proprio supporto logistico a un movimento terroristico».

31 Il 16 marzo 2010, il sig. Lounani ha presentato una domanda di asilo presso le autorità belghe invocando il timore di subire persecuzioni in caso di ritorno nel suo paese d'origine per il rischio di essere considerato dalle autorità marocchine come islamista radicale e jihadista, in seguito alla sua condanna in Belgio. Tale domanda di asilo è stata oggetto, l'8 dicembre 2010, di una decisione del Commissaire général (Commissario generale) che ha escluso il sig. Lounani dal beneficio dello status di rifugiato in applicazione dell'articolo 55/2 della legge del 15 dicembre 1980 in materia di accesso al territorio, soggiorno, stabilimento e allontanamento degli stranieri e dell'articolo 1, sezione F, lettera c), della Convenzione di Ginevra.

32 Le 24 dicembre 2010, il sig. Lounani ha proposto ricorso di annullamento avverso tale decisione dinanzi al Conseil du contentieux des étrangers (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, Belgio). Con sentenza del 13 gennaio 2011, tale Commissione ha annullato la suddetta decisione e ha rimesso gli atti al Commissario generale in base al rilievo che mancavano nel fascicolo taluni elementi essenziali senza i quali essa non avrebbe potuto concludere per la conferma o la riforma della decisione di cui trattasi se non disponendo misure istruttorie complementari.

33 Il 2 febbraio 2011, il Commissario generale ha adottato una nuova decisione che ha escluso il sig. Lounani dal beneficio dello status di rifugiato. Adita, il 18 febbraio 2011, di un ricorso di annullamento avverso questa nuova decisione, la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, con sentenza del 3 marzo 2011, ha annullato la decisione di cui trattasi e ha rimesso gli atti al Commissario generale ritenendo che quest'ultimo non avesse condotto una vera e propria istruttoria complementare.

34 Il 24 maggio 2011, il Commissario generale ha adottato una terza decisione che ha disposto l'esclusione del sig. Lounani dal beneficio dello status di rifugiato. Il 14 giugno 2011, il sig. Lounani ha proposto dinanzi alla Commissione per il contenzioso in materia di stranieri un ricorso diretto alla riforma della decisione di cui trattasi e al riconoscimento dello status di rifugiato. Con sentenza del 1° luglio 2011, la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri ha dichiarato che occorreva riconoscere al sig. Lounani lo status di rifugiato.

35 Adito di un ricorso amministrativo per cassazione avverso quest'ultima sentenza, il Conseil d'État (Consiglio di Stato, Belgio), con sentenza del 13 luglio 2012, l'ha annullata e ha rinviato la causa dinanzi alla Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, in diversa composizione.

36 Statuendo sul rinvio, la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri ha ritenuto che i fatti specificamente addebitati al sig. Lounani non costituissero reati terroristici in quanto tali poiché, nella sua sentenza del 16 febbraio 2006, il tribunal correction-

nel di Bruxelles (Tribunale penale di Bruxelles) aveva condannato il sig. Lounani per la sua appartenenza a un gruppo terroristico senza addebitargli la commissione o la partecipazione a un atto terroristico, quale previsto dall'articolo 137 del codice penale modificato. Non sarebbero stati dimostrati né un principio di atto preciso rientrante in tale tipologia di reato a carico del GICM, né la sussistenza di una condotta personale del sig. Lounani che facesse sorgere la sua responsabilità individuale nel compimento di un tale atto.

37 Ritenendo pertanto che nessuno degli atti per i quali il sig. Lounani era stato condannato raggiungesse il grado di gravità richiesto per poter essere qualificato come «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite», ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83, con sentenza del 12 febbraio 2013 la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri ha riformato la decisione del Commissario generale del 24 maggio 2011 e ha riconosciuto al sig. Lounani lo status di rifugiato.

38 Il Commissario generale ha impugnato tale sentenza dinanzi al Conseil d'État (Consiglio di Stato) mediante ricorso amministrativo per cassazione.

39 In tale contesto, il Conseil d'État (Consiglio di Stato) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 debba essere interpretato nel senso che esso implica necessariamente, affinché la clausola di esclusione da esso prevista possa essere applicata, che il richiedente asilo sia stato condannato per uno dei reati terroristici previsti dall'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475, che è stata recepita in Belgio con legge del 19 dicembre 2003 relativa ai reati terroristici.

2) In caso di risposta negativa, se fatti come quelli (...) imputati alla parte avversa nella sentenza del tribunal correctionnel de Bruxelles (Tribunale penale di Bruxelles) del 16 febbraio 2006, e per i quali la stessa è stata condannata per la sua partecipazione a un'organizzazione terroristica, possano essere considerati atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83.

3) Se, ai fini dell'esame dell'esclusione di un richiedente protezione internazionale a causa della sua partecipazione a un'organizzazione terroristica, la sentenza di condanna in quanto membro dirigente di un'organizzazione terroristica, che dichiara che il richiedente protezione internazionale non ha commesso, né tentato di commettere, né minacciato di commettere un atto terroristico, sia sufficiente per constatare l'esistenza di un atto di istigazione o di partecipazione, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2004/83, imputabile al richiedente, o se sia necessario procedere a un esame individuale dei fatti di causa e dimostrare

la partecipazione alla commissione di un reato terroristico o l'istigazione a un reato terroristico come definito dall'articolo 1 della decisione quadro 2002/475.

4) Se, ai fini dell'esame dell'esclusione di un richiedente protezione internazionale a causa della sua partecipazione a un'organizzazione terroristica, eventualmente in qualità di membro dirigente, l'atto di istigazione o di partecipazione, previsto dall'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2004/83 debba riguardare la commissione di un reato terroristico come definito dall'articolo 1 della decisione quadro 2002/475 o possa riguardare la partecipazione a un gruppo terroristico, previsto dall'articolo 2 di tale decisione quadro.

5) Se, in materia di terrorismo, l'esclusione dalla protezione internazionale, prevista dall'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83, sia possibile in assenza della commissione, istigazione o partecipazione a un atto violento, di natura particolarmente crudele, quale previsto dall'articolo 1 della decisione quadro 2002/475».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

40 Con tale questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 debba essere interpretato nel senso che, per poter ritenere che ricorra la causa di esclusione dallo status di rifugiato ivi prevista, è necessario che il richiedente protezione internazionale sia stato condannato per uno dei reati terroristici di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475.

41 A tal riguardo, va ricordato che, come emerge dai considerando 3, 16 e 17 della direttiva 2004/83, la Convenzione di Ginevra costituisce la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale sulla protezione dei rifugiati e che le disposizioni di tale direttiva relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato nonché al contenuto di tale status sono state adottate al fine di aiutare le autorità competenti degli Stati membri ad applicare detta Convenzione basandosi su nozioni e criteri comuni (sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 45).

42 L'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/83 deve pertanto essere effettuata alla luce dell'economia generale e della finalità di quest'ultima, nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti di cui all'articolo 78, paragrafo 1, TFUE (sentenze del 9 novembre 2010, B e D, C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, punto 78, nonché del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 46).

43 A tal riguardo, l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 corrisponde in sostanza all'articolo 1, sezione F, lettera c), della Convenzione di Ginevra, il quale prevede che le disposizioni della

suddetta Convenzione non si applicheranno a quelle persone nei confronti delle quali si hanno serie ragioni per ritenere che si siano rese colpevoli di azioni contrarie ai fini ed ai principi delle Nazioni Unite.

44 L'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 rinvia, più precisamente, agli atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite «quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni unite».

45 Come risulta dal considerando 22 della direttiva 2004/83, gli atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite, di cui all'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva in parola, si rispecchiano, tra l'altro, «nelle risoluzioni delle Nazioni unite relative alle misure di lotta al terrorismo, nelle quali è dichiarato che «atti, metodi e pratiche di terrorismo sono contrari ai fini e ai principi delle Nazioni unite» e che «chiunque inciti, pianifichi, finanzi deliberatamente atti di terrorismo compie attività contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni unite»».

46 Tali risoluzioni comprendono la risoluzione 1377 (2001) del Consiglio di sicurezza, dalla quale si evince che sono contrari ai fini e ai principi enunciati nella Carta delle Nazioni Unite non soltanto «gli atti di terrorismo internazionale» ma anche «il finanziamento, la pianificazione e la preparazione degli atti di terrorismo internazionale, come tutte le altre forme di sostegno a tal fine».

47 Peraltro, dalla risoluzione 1624 (2005) del Consiglio di sicurezza si può dedurre che gli atti contrari ai fini e ai principi delle Nazioni Unite non si limitano agli «atti, metodi e pratiche di terrorismo». Infatti, ai fini della lotta al terrorismo, il Consiglio di sicurezza vi invita gli Stati, conformemente agli obblighi ad essi incombenti in forza del diritto internazionale, a privare di asilo e a consegnare alla giustizia «chiunque fornisca sostegno al finanziamento, all'organizzazione, alla preparazione o alla commissione di atti di terrorismo, vi concorra, vi partecipi o tenti di parteciparvi o dia rifugio ai suoi autori». Inoltre, al suo punto 1, lettera c), tale risoluzione invita gli Stati a negare l'asilo a qualsiasi individuo sul cui conto si dispongano di informazioni attendibili e pertinenti secondo cui sussistono fondati motivi per ritenere che egli si sia reso colpevole di istigazione a commettere uno o più atti terroristici.

48 Ne consegue che la nozione di «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite» di cui all'articolo 1, sezione F, lettera c), della Convenzione di Ginevra e all'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83, non può essere interpretata come limitata alla commissione di atti di terrorismo quali precisati nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza (in prosieguo: gli «atti di terrorismo»).

49 A maggior ragione, contrariamente a quanto sostenuto dal sig. Lounani, tale nozione non può essere interpretata nel senso che si applica soltanto ai reati

terroristici di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475, né, di conseguenza, nel senso che richiede l'esistenza di una condanna penale che sanzioni un siffatto reato.

50 Al riguardo va rilevato che, come emerge dal suo punto 6, la decisione quadro 2002/475 mira al ravvicinamento, in tutti gli Stati membri, della definizione di reati terroristici, ivi compresi quelli riconducibili a organizzazioni terroristiche.

51 Come rilevato dalla Commissione europea, la decisione quadro 2002/475 elenca, a tal fine, vari atti che possono rientrare nella nozione generale di terrorismo e li classifica in quattro categorie di reati, ossia «reati terroristici» (articolo 1), i «reati riconducibili a un'organizzazione terroristica» (articolo 2), i «reati connessi ad attività terroristiche» (articolo 3) e, infine l'istigazione, il concorso o il tentativo di commettere siffatti reati (articolo 4).

52 Se il legislatore dell'Unione avesse inteso restringere l'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 e limitare la nozione di «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni unite» ai soli reati elencati all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475, avrebbe potuto farlo senza difficoltà, menzionando espressamente tali reati o facendo riferimento alla decisione quadro sopra citata.

53 Orbene, l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 non si riferisce né alla decisione quadro 2002/475, sebbene questa esistesse alla data in cui l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), è stato redatto, né ad alcun altro strumento dell'Unione europea adottato nel contesto della lotta al terrorismo.

54 Di conseguenza, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 deve essere interpretato nel senso che, per poter ritenere che ricorra la causa di esclusione dallo status di rifugiato ivi prevista, non è necessario che il richiedente protezione internazionale sia stato condannato per uno dei reati terroristici di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475.

Sulle questioni seconda e terza

Sulla ricevibilità

55 Il Commissario generale e il governo belga sostengono che la terza questione, quale formulata dal giudice del rinvio, è irricevibile, da un lato, in quanto non espone sufficientemente i motivi per cui tale giudice ritiene che una risposta alla predetta questione sia necessaria per risolvere la controversia nel procedimento principale e, dall'altro, in quanto siffatta risposta sarà priva di qualunque utilità per la soluzione di tale controversia. Nel caso di specie, infatti, il sig. Lounani non è stato solo condannato, in base all'articolo 140 del codice penale modificato, quale membro dirigente di un'organizzazione terroristica, ma anche per altre

azioni perseguite penalmente nel diritto belga, commesse con intento terroristico.

56 A tale riguardo, va rammentato che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il diniego della Corte di statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non presenta alcun nesso con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenze del 14 aprile 2016, Polkomtelt, C-397/14, EU:C:2016:256, punto 37; del 6 settembre 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punto 20, e del 13 ottobre 2016, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej e Petrotel, C-231/15, EU:C:2016:769, punto 16).

57 Orbene, nessuna di tali ipotesi ricorre nella presente causa.

58 Sul punto occorre ricordare che il giudice del rinvio ha posto le sue questioni seconda e terza nell'ambito di un ricorso amministrativo per cassazione avverso la sentenza del 12 febbraio 2013, in cui la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri ha ritenuto che i fatti specificamente contestati al resistente nel procedimento principale non raggiungessero la soglia di gravità che consente di qualificarli come «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni unite», ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83. Infatti, secondo tale sentenza, la condanna del sig. Lounani da parte del tribunal correctionnel de Bruxelles (Tribunale penale di Bruxelles) per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, ancorché come membro dirigente di tale gruppo, senza che gli siano stati imputati reati terroristici in quanto tali, non è sufficiente per ritenere che sussistano a carico dell'interessato fondati motivi per ritenere che egli abbia commesso atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite.

59 È in tale contesto che il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli atti per i quali il sig. Lounani è stato condannato possano essere considerati di per sé contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 e, in caso negativo, se la condanna del sig. Lounani come membro dirigente di un gruppo terroristico sia sufficiente a stabilire che sussistono fondati motivi per ritenere che egli abbia istigato o abbia altrimenti concorso alla commissione di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva in parola.

60 Dalla decisione di rinvio emerge quindi chiaramente che il giudice del rinvio cerca di determinare in quale misura la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico per la quale il sig. Lounani è stato condannato possa giustificare l'applicazione della causa di esclusione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 e si chiede, in tale contesto, se la condanna per partecipazione alle attività di tale gruppo come membro dirigente possa dare luogo all'esclusione dallo status di rifugiato in applicazione del combinato disposto dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c) e dell'articolo 12, paragrafo 3, di tale direttiva.

61 Di conseguenza, la terza questione è ricevibile.

Nel merito

62 Con le sue questioni seconda e terza, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), e l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2004/83 debbano essere interpretati nel senso che atti di partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, come quelli per cui è stato condannato il resistente nel procedimento principale, possano rientrare nella causa di esclusione prevista da tali disposizioni, sebbene l'interessato non abbia né commesso, né tentato o minacciato di commettere un atto di terrorismo.

63 Per quanto riguarda gli atti per i quali il sig. Lounani ha subito una condanna penale, dalla decisione di rinvio emerge che tale condanna è fondata, in particolare, sull'articolo 140 del codice penale modificato, articolo che costituisce il recepimento nel diritto belga dell'articolo 2 della decisione quadro 2002/475 che definisce i reati riconducibili a un'organizzazione terroristica e include, al suo paragrafo 2, lettera b), la partecipazione alle attività di un'organizzazione terroristica.

64 Più particolarmente, per dichiarare il sig. Lounani colpevole di tale reato, il tribunal correctionnel de Bruxelles (Tribunale penale di Bruxelles) ha rilevato, nella sua sentenza del 16 febbraio 2006, che l'interessato aveva partecipato, come membro dirigente, alle attività della cellula belga del GICM, apportando a tale gruppo un supporto logistico tramite, in particolare, servizi materiali o intellettuali, provvedendo alla contraffazione e alla cessione fraudolenta di passaporti e partecipando attivamente all'organizzazione di una filiera per l'invio di volontari in Iraq.

65 Pertanto, non è stato constatato che il sig. Lounani avesse personalmente commesso atti di terrorismo né che avesse istigato tali atti o concorso alla loro commissione.

66 Nondimeno, dalle risoluzioni pertinenti del Consiglio di sicurezza, come indicato al punto 48 della presente sentenza, emerge che la nozione di «atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni unite» non è limitata agli atti di terrorismo.

67 Va segnatamente rilevato che, nella risoluzione 2178 (2014), il Consiglio di sicurezza esprime «grave

preoccupazione per la minaccia terribile e crescente costituita dai combattenti terroristi stranieri, vale a dire individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cittadinanza per perpetrare, pianificare o preparare atti terroristici» e ha espresso la propria preoccupazione riguardo alle reti organizzate da enti terroristici e che consentono loro di far circolare tra gli Stati combattenti di ogni cittadinanza e le risorse di cui necessitano.

68 Tra le misure da adottare contro questo fenomeno, gli Stati devono garantire la prevenzione e repressione delle attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento a favore di individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cui hanno la cittadinanza allo scopo di commettere, organizzare o preparare atti di terrorismo.

69 Ne consegue che l'applicazione dell'esclusione dallo status di rifugiato prevista all'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 non può essere limitata agli autori effettivi di atti di terrorismo, ma può anche estendersi a soggetti che svolgono attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento a favore di individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cui hanno la cittadinanza allo scopo segnatamente di commettere, organizzare o preparare atti di terrorismo.

70 Peraltro, dal combinato disposto dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), e dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2004/83 emerge che l'esclusione dallo status di rifugiato prevista dalla prima di tali disposizioni è applicabile anche alle persone nei cui confronti sussistano fondati motivi per ritenere che abbiano istigato o altrimenti concorso alla commissione di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. In considerazione di quanto esposto ai punti 48 e 66 della presente sentenza, l'applicazione di tale combinato disposto non presuppone che il richiedente protezione internazionale abbia istigato la commissione di un atto di terrorismo o vi abbia altrimenti concorso.

71 A tal riguardo, la Commissione osserva giustamente che la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico può coprire un ampio spettro di comportamenti di un grado di gravità variabile.

72 Ciò considerato, l'autorità competente dello Stato membro interessato può applicare l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83 soltanto dopo aver proceduto, per ciascun caso individuale, ad una valutazione dei fatti precisi di cui essa ha conoscenza, al fine di determinare se sussistano fondati motivi per ritenere che gli atti commessi dall'interessato, che per il resto soddisfa i criteri per ottenere lo status di rifugiato, rientrino in tale caso di esclusione (v., in tal senso, sentenza del 9 novembre 2010, B e D, C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, punti 87 e 94).

73 Per quanto riguarda la questione se atti come quelli per i quali il sig. Lounani è stato condannato

possano configurare atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2004/83, un'istigazione alla commissione di tali atti o un concorso in essi in qualunque altro modo, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva in parola, la valutazione finale della domanda di protezione internazionale incombe alle autorità nazionali competenti, sotto il controllo del giudice nazionale.

74 A titolo di indicazioni da prendere in considerazione, va rilevato che nella decisione di rinvio viene evidenziato che il sig. Lounani era un membro dirigente di un gruppo terroristico di dimensioni internazionali iscritto, il 10 ottobre 2002, nell'elenco delle Nazioni Unite che identifica determinate persone ed entità oggetto di sanzioni e che è rimasto iscritto in tale elenco, da allora aggiornato. Le sue attività di supporto logistico alle attività del gruppo di cui trattasi rivestono una dimensione internazionale nei limiti in cui era coinvolto nella contraffazione di passaporti e ha aiutato volontari intenzionati a recarsi in Iraq.

75 Atti del genere possono giustificare l'esclusione dallo status di rifugiato.

76 A tal riguardo va ricordato che, come sottolineato ai punti 12, 13 e da 67 a 69 della presente sentenza, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, segnatamente la risoluzione 2178 (2014) al punto 5 e al punto 6, lettera c), individuano, tra le attività che gli Stati devono combattere nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale, l'organizzazione deliberata di viaggi di individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cui hanno la cittadinanza allo scopo di commettere, organizzare o preparare atti terroristici.

77 Pertanto, la circostanza, quand'anche fosse dimostrata, che il gruppo di cui il sig. Lounani era membro dirigente non abbia compiuto atti terroristici o che i volontari intenzionati a recarsi in Iraq aiutati da tale gruppo in definitiva non abbiano commesso atti del genere, non è comunque idonea ad escludere che gli atti del sig. Lounani possano essere considerati contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite. Lo stesso vale, tenuto conto di quanto esposto ai punti da 41 a 54 e da 66 a 70 della presente sentenza, per quanto riguarda il fatto, menzionato dal giudice del rinvio nella sua terza questione, che il sig. Lounani non abbia né commesso né tentato o minacciato di commettere reati terroristici ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475. Per gli stessi motivi, l'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2004/83 non richiede che venga dimostrato che il sig. Lounani abbia istigato o abbia altrimenti concorso alla commissione di un reato di tal genere.

78 Inoltre, la circostanza che il sig. Lounani sia stato condannato dai giudici di uno Stato membro per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico e che tale condanna sia divenuta definitiva assume particolare importanza nell'ambito della va-

lutazione individuale che l'autorità competente deve effettuare.

79 Tenuto conto di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alle questioni seconda e terza dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 2, lettera c) e l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2004/83 devono essere interpretati nel senso che atti di partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, come quelli per i quali il resistente nel procedimento principale è stato condannato, possono giustificare l'esclusione dallo status di rifugiato, sebbene non sia stato stabilito che l'interessato abbia commesso, tentato di commettere o minacciato di commettere un atto di terrorismo. Ai fini della valutazione individuale dei fatti che consentono di determinare se sussistono fondati motivi per ritenere che una persona si sia resa colpevole di un atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, abbia istigato la commissione di atti del genere o vi abbia altrimenti concorso, la circostanza che tale persona sia stata condannata dai giudici di uno Stato membro per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico assume particolare importanza, al pari dell'accertamento che detta persona era membro dirigente di tale gruppo, senza che sia necessario stabilire che tale persona abbia essa stessa istigato la commissione di un atto di terrorismo o che vi abbia altrimenti concorso.

Sulle questioni quarta e quinta

80 Alla luce della risposta fornita alle prime tre questioni, non occorre rispondere alle questioni quarta e quinta.

Sulle spese

81 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.

*** *Nota a sentenza*

sommario

1. Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia. – **2.** Posizione dell'Avvocato Generale. – **3.** Il diritto d'asilo ed il principio di non respingimento. – **4.** Esclusione dallo status di rifugiato. – **5.** Orientamento giurisprudenziale. – **6.** Conclusioni.

1. Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia

La causa in esame prende vita dalla vicenda che ha visto il sig. Lounani, cittadino marocchino illegalmente soggiornante in Belgio dal 1997, vedersi rifiutare la domanda d'asilo presso le autorità belghe a seguito della condanna del *tribunal correctionnel de Bruxelles*, ex art. 140 del codice penale modificato, ad una pena

di sei anni di reclusione per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico¹, in qualità di membro dirigente, oltre che per associazione a delinquere, soggiorno illegale, falso e uso di documenti falsi.

Il sig. Lounani nel 2010 ha proposto ricorso d'annullamento avverso tale decisione dinanzi al *Conseil du contentieux des étrangers*, esprimendo il timore di poter subire vessazioni in caso di rientro nel proprio paese natale potendo essere considerato dalle autorità marocchine come islamista radicale e jihadista, in seguito alla sua condanna, basata, peraltro, non su atti diretti da lui commessi, bensì su "mero supporto logistico".

Adita di un ricorso contro tale decisione di rigetto, la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri (Belgio), nel 2011, ha dichiarato che occorre riconoscere al sig. Lounani lo *status* di rifugiato. In seguito all'annullamento della sua prima decisione da parte del *Conseil d'État* (Consiglio di Stato, Belgio), tale Commissione ha confermato la propria decisione nel 2012. Essa ha, infatti, ritenuto che i fatti specificamente imputati al sig. Lounani non costituissero reati terroristici in quanto tali, poiché il Tribunale penale di Bruxelles aveva condannato il sig. Lounani per la sua appartenenza ad un gruppo terroristico senza addebitargli la commissione o la partecipazione ad uno specifico atto terroristico. Non sarebbero stati dimostrati né un principio di atto preciso rientrante in tale tipologia di reato a carico del GICM, né la sussistenza di una condotta personale del sig. Lounani che facesse sorgere la sua responsabilità individuale nel compimento di un tale atto. Secondo la Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, nessuno degli atti per i quali il sig. Lounani era stato condannato raggiungeva il grado di gravità richiesto per poter essere qualificato come "contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite", ai sensi della direttiva sullo *status* di rifugiato sicché egli non poteva essere escluso a tale titolo dallo *status* di rifugiato.

Adito in ultima istanza, il Consiglio di Stato ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia talune questioni pregiudiziali². Esso desiderava sapere, in par-

¹ La cellula belga del «gruppo islamico dei combattenti marocchini» (GICM).

² Questioni pregiudiziali: 1) il giudice del rinvio chiede se l'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/83 debba essere interpretato nel senso che esso implichi necessariamente, affinché la clausola di esclusione da esso prevista possa essere applicata, che il richiedente asilo sia stato condannato per uno dei reati terroristici previsti dall'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475; 2) se, in caso di risposta negativa, fatti come quelli (...) imputati alla parte avversa nella sentenza del *tribunal correctionnel de Bruxelles* (Tribunale penale di Bruxelles) del 16 febbraio 2006, e per i quali la stessa è stata condannata per la sua partecipazione a un'organizzazione terroristica, possano essere considerati atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/83; 3) se, ai fini dell'esame dell'esclusione di un richiedente protezione internazionale a causa della sua partecipazione a un'organizzazione terroristica, la sentenza di condanna in quanto

particolare, se per poter ritenere che ricorra la causa di esclusione dallo *status* di rifugiato dell'art. 12, par. 2, lett. c) della direttiva 2004/83/CE, sia necessario che il richiedente protezione internazionale sia stato condannato per uno dei reati terroristici su cui all'art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/475/GAI.

I giudici di Lussemburgo sostenendo che la nozione di "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite" di cui all'art. 1, sez. F, lett. c) della Convenzione di Ginevra collimasse sostanzialmente con l'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/83, ha affermato che la stessa non può essere interpretata come limitata alla commissione di atti di terrorismo quali precisati nella risoluzione del Consiglio di sicurezza.

Né si può ritenere che la suddetta causa di esclusione ricorra qualora il richiedente protezione internazionale sia stato condannato per uno dei reati terroristici di cui all'art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/475.

Di conseguenza, l'esclusione dello *status* di rifugiato prevista dalla direttiva non è limitata agli autori diretti di atti di terrorismo, ma può anche estendersi a soggetti che svolgono attività di reclutamento, organizzazione, trasporto o equipaggiamento a favore di individui che si recano in uno Stato diverso dal loro Stato di residenza o di cui hanno la cittadinanza allo scopo di commettere, organizzare o preparare atti di terrorismo.

membro dirigente di un'organizzazione terroristica, che dichiara che il richiedente protezione internazionale non ha commesso, né tentato di commettere, né minacciato di commettere un atto terroristico, sia sufficiente per constatare l'esistenza di un atto di istigazione o di partecipazione, ai sensi dell'art. 12, par. 3, della direttiva 2004/83, imputabile al richiedente, o se sia necessario procedere a un esame individuale dei fatti di causa e dimostrare la partecipazione alla commissione di un reato terroristico o l'istigazione a un reato terroristico come definito dall'art. 1 della decisione quadro 2002/475; 4) Se, ai fini dell'esame dell'esclusione di un richiedente protezione internazionale a causa della sua partecipazione a un'organizzazione terroristica, eventualmente in qualità di membro dirigente, l'atto di istigazione o di partecipazione, previsto dall'art. 12, par. 3, della direttiva 2004/83 debba riguardare la commissione di un reato terroristico come definito dall'articolo 1 della decisione quadro 2002/475 o possa riguardare la partecipazione a un gruppo terroristico, previsto dall'art. 2 di tale decisione quadro; 5) Se, in materia di terrorismo, l'esclusione dalla protezione internazionale, prevista dall'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/83, sia possibile in assenza della commissione, istigazione o partecipazione a un atto violento, di natura particolarmente crudele, quale previsto dall'art. 1 della decisione quadro 2002/475».

In merito alla 3ª questione pregiudiziale, il Commissario generale ed il governo belga sostenevano l'irricevibilità della questione sia perché carente, dal punto di vista formale, nella sua esposizione, sia perché inutile ai fini della risoluzione della causa. La Corte ne dichiara la ricevibilità perché non vincolata dalla valutazione di tali aspetti se non vi è manifesta infondatezza. In tal senso Corte giust. 14 aprile 2016, causa C-397/14, *Polkomtel*, ECLI:EU:C:2016:769; Corte giust. 6 settembre 2016, causa C-182/15, *Petrubhin*, ECLI:EU:C:2016:63; Corte giust. 13 ottobre 2016, causa C-231/15, *Prezes, Urzędu Komunikacji Elektronicznej e Petrotel*, ECLI:EU:C:2016:657.

La Corte ricorda, infine, che la valutazione finale della domanda di protezione internazionale incombe alle autorità nazionali competenti, sotto il controllo del giudice nazionale. Tuttavia, essa invita a prendere in considerazione il fatto che, secondo gli stessi accertamenti del Consiglio di Stato belga, il sig. Lounani era un membro dirigente di un gruppo terroristico di dimensioni internazionali iscritto, nel 2002, nell'elenco delle Nazioni Unite che ha identificato determinati individui ed entità quali oggetto di sanzioni e che egli è rimasto iscritto in tale elenco, da allora aggiornato. Pertanto, l'art. 12, par. 2, lett. c) e l'art. 12, par. 3, della direttiva 2004/83 devono essere interpretati nel senso che atti di partecipazione alle attività di gruppo terroristico, come quelli per i quali il sig. Lounani è stato condannato, possono giustificare l'esclusione dallo *status* di rifugiato.

2. Posizione dell'Avvocato Generale

L'avvocato generale *Eleanor Sharpston* durante tutta la disamina delle sue conclusioni, depositate il 31 maggio 2016, porta avanti un parallelismo tra la causa in esame e la sentenza *Bundesrepublik Deutschland contro B e D*³, in cui la Corte era invitata a pronunciarsi su questioni pregiudiziali nell'ambito di un procedimento avviato da due persone che, prima del loro arrivo nel territorio dell'Unione europea, avevano partecipato attivamente ad attività riconducibili a gruppi indicati nell'elenco contenuto nell'allegato della posizione comune 2001/931, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo.

L'avvocato generale pone l'accento su diversi punti, innanzitutto, afferma la non necessarietà della condanna di un richiedente asilo ai sensi dell'art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo affinché detta persona sia esclusa dallo *status* di rifugiato per il motivo che si è resa colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

Questo sulla base del dettato stesso della direttiva 2004/83/CE che va letto in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 1, sez. F, lett. c) della Convenzione di Ginevra, alla luce anche dei principi della decisione quadro residenti nel titolo VI del Trattato dell'Unione Europea sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁴.

Inoltre, sostiene la rilevanza della condanna penale ai fini della valutazione individuale. Elemento richia-

mato e messo in dubbio dal sig. Lounani, nel corso della sua difesa, in relazione all'equità del suo processo.⁵

Ad avviso della ricostruzione fatta da Eleanor Sharpston, quando un richiedente lo *status* di rifugiato è stato condannato dai giudici di uno Stato membro per aver partecipato a un gruppo terroristico e tale condanna è divenuta definitiva, tale circostanza è rilevante e deve aver un peso significativo nella valutazione individuale se si applichino i motivi di esclusione di cui all'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/83. Nel valutare i fatti e le circostanze relative al caso di un richiedente, ai fini del combinato disposto dell'art. 12, par. 2, lett. c), e 3, le autorità nazionali competenti devono altresì esaminare se egli condivide la responsabilità personale, facendo riferimento alle sue motivazioni e intenzioni riguardo alle attività del gruppo terroristico cui partecipa.

Le attività del gruppo devono avere una dimensione internazionale e devono essere di una tale gravità da avere implicazioni per la pace e la sicurezza internazionali. La constatazione che il richiedente era un membro dirigente di tale gruppo è un fattore rilevante. Non è necessario dimostrare che abbia egli stesso istigato o partecipato ad atti terroristici come definiti all'art. 1 della decisione quadro 2002/475 per far valere i motivi di esclusione di cui all'art. 12, par. 2, lett. c), e 3, della direttiva 2004/83.

Ma se l'esclusione di cui all'art. 12, par. 2, lett. c), della direttiva qualifica non è limitata solo a coloro che compiono effettivamente atti terroristici, bensì si estende a coloro che agevolano la commissione di atti terroristici, viene da chiedersi quale sia il limite di tale estensione ai sensi dell'art. 12, par. 3⁶ e quale sia il livello probatorio da applicare.

In merito l'avvocato generale conclude dicendo che per dimostrare che un richiedente lo *status* di rifugiato ha istigato o ha altrimenti partecipato alla commissione di reati o di atti ai sensi dell'art. 12, par. 2 e 3, della direttiva 2004/83, non è necessario che il gruppo terroristico cui egli ha partecipato abbia commesso uno degli atti elencati all'art. 1 della decisione quadro 2002/475, o che il richiedente sia ritenuto colpevole di un atto cui fa riferimento l'art. 2 di tale decisione.

3. Il diritto d'asilo ed il principio di non respingimento

Punto di partenza per trattare la tematica del diritto di asilo in Europa è la Convenzione di Ginevra del

⁵ Corte EDU, *El Haski c. Belgio*, ricorso n. 649/08, 25 settembre 2012.

⁶ Corte giust., 24 giugno 2015, causa C-373/13, *H.T. c. Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2015:413.

In tale sentenza era stato accertato che il sig. H.T. aveva raccolto donazioni per conto del PKK (gruppo estremista) ed aveva distribuito occasionalmente un periodo pubblicato da tale organizzazione. La Corte ha statuito che da tali atti non derivava necessariamente che il sig. H.T. sostenesse la legittimità di attività terroristiche e che tali atti non costituissero di per sé atti terroristici.

³ Corte giust., 9 novembre 2010, causa C-57/09, *Bundesrepublik Deutschland c. B, e* causa C-101/09 *c. D*, ECLI:EU:C:2010:302.

⁴ Artt. 67 e 82 TFUE.

1951 che, assieme al Protocollo relativo allo status di rifugiato, firmato a New York il 31 gennaio del 1967, è stata ampiamente recepita nel diritto dell'UE attraverso la direttiva qualifiche (2011/95/UE).

La Convenzione di Ginevra del 1951 è il trattato specifico in materia di diritti dei rifugiati⁷. Il principio di non respingimento è il fondamento sul quale si basa la protezione dei rifugiati⁸.

In via generale, esso prevede che i rifugiati non debbano essere rimpatriati in un paese in cui abbiano motivo di temere di essere perseguitati.

Tale principio è applicabile sia ai rimpatri verso il proprio paese d'origine sia verso qualsiasi altro paese in cui il rifugiato verrebbe perseguitato.

Nell'ambito del diritto dell'UE, l'art. 78 TFUE sancisce che l'UE è tenuta a porre in essere una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea volta a garantire il rispetto del principio di non respingimento.

Detta politica deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra e agli altri trattati pertinenti, come la CEDU, la Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo (UNCRC), la Convenzione dell'ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (UNCAT), l'ICCPR e l'ICESCR.

In questo quadro politico, sono state adottate le misure dell'*acquis* dell'Unione in materia di asilo, tra le quali vanno annoverati la direttiva qualifiche (2011/95/UE), il regolamento Dublino (regolamento (UE) n. 604/2013), la direttiva sulle procedure di asilo (2013/32/UE) e la direttiva sulle condizioni di accoglienza (2013/33/UE). Tutti questi strumenti hanno subito delle modifiche⁹. Nel diritto dell'UE sono state introdotte, ad opera della direttiva 2011/95/UE, una serie di norme per l'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona che necessita di protezione internazionale, ivi compresi i diritti e i doveri connessi a tale protezione, di cui, ai sensi dell'art. 33 della Con-

venzione di Ginevra del 1951, il non respingimento è fulcro.

Tuttavia, né l'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 né gli artt. 17 e 21 della direttiva qualifiche proibiscono in maniera assoluta il respingimento.

I suddetti articoli permettono l'allontanamento di un rifugiato in casi estremamente eccezionali, ovvero quando la persona rappresenta un pericolo per la comunità o per la sicurezza dello Stato ospitante.

Nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 18 garantisce il diritto di asilo: «Il diritto d'asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.»

L'art. 19 della stessa, invece, dispone: «Le espulsioni collettive sono vietate. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui può essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.»

Le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea precisano che l'art. 19, par. 2, «incorpora la giurisprudenza» della Corte EDU relativa all'art. 3 CEDU¹⁰.

Pertanto, per il diritto dell'UE, ogni forma di allontanamento a norma della direttiva rimpatri (2008/115/CE) o di trasferimento di una persona verso un altro Stato membro a norma del regolamento Dublino deve avvenire nel rispetto del diritto di asilo e del principio di non respingimento. Gli artt. 2 e 3 CEDU proibiscono incondizionatamente il rimpatrio di una persona che potrebbe essere esposta concretamente al rischio di subire un trattamento contrario ad uno dei sopra citati articoli. Questa situazione è ben diversa dal pericolo di persecuzione per uno dei motivi individuati dalla Convenzione di Ginevra del 1951.

L'art. 3 CEDU sancisce uno dei valori fondamentali di una società democratica, proibendo in termini assoluti la tortura e i trattamenti o le pene inumani o degradanti, e ciò indipendentemente dalla condotta della vittima, sgradita o pericolosa che sia.

Nei casi di espulsione, tale articolo prevede che la responsabilità di uno Stato sia chiamata in causa qualora esistono fondate ragioni per ritenere che la persona in esame, una volta rimpatriata nel paese di destinazione, abbia corso effettivamente il rischio di essere sottoposta a tortura, trattamenti o pene inumane o degradanti¹¹.

⁷ L'art. 1, lett. A), co. 2 prevede che è considerato rifugiato colui che «a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1° gennaio 1951, temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova al di fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese, ovvero che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori dal Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di tali avvenimenti non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra.»

⁸ Secondo il diritto internazionale in materia di diritti dell'uomo, il significato del principio di non respingimento va oltre l'art. 33, co. 1, della Convenzione di Ginevra del 1951, poiché i doveri del non respingimento discendono anche dall'art. 3 della Convenzione dell'ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti oltre che dal diritto internazionale generale. Cfr. ACNUR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007.

⁹ La Danimarca, l'Irlanda e il Regno Unito non sono vincolati, o lo sono solo parzialmente, dall'*acquis* in materia di asilo.

¹⁰ Cfr. le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2007/C 303/02) G.U. C 303, 14.12.2007, p. 17; Corte EDU, *Ahmed c. Austria*, ricorso n. 25964/94, sentenza 17 dicembre 1996; Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza 7 luglio 1989.

¹¹ Corte EDU, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, ricorso n. 1948/04,

Ai sensi dell'art. 9 della direttiva qualifiche, gli atti di persecuzione, per essere tali, o devono essere, per loro natura o frequenza, sufficientemente gravi da rappresentare una violazione importante dei diritti umani fondamentali, ed in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'art. 15, co. 2, CEDU, oppure devono costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello precedentemente detto¹².

La direttiva qualifiche, inoltre, assicura la "protezione sussidiaria" alle persone che non possiedono i requisiti per essere riconosciute come rifugiati ma che, se rimpatriate nel loro paese di origine o nel paese in cui avevano la dimora abituale, correrebbero il rischio di subire un danno molto serio come la condanna alla pena di morte o la minaccia alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

Finora abbiamo visto come si sia fatto sempre riferimento al "rischio effettivo" in cui il soggetto deve incorrere per poter fare richiesta di asilo, tale locuzione sembrerebbe un po' generica ma in realtà la Corte EDU si è premurata di specificarne i contorni.

Nella valutazione del rischio di rimpatrio, infatti, la Corte ha tenuto conto delle prove sulle condizioni generali nel paese in questione nonché delle prove di un rischio particolare per l'interessato.

La Corte EDU ha fornito linee guida sulla tipologia di documentazione che può essere ritenuta attendibile al momento dell'esame delle condizioni del paese, come le relazioni dell'ACNUR e delle organizzazioni internazionali per i diritti umani. Detta documentazione è giudicata inattendibile quando le fonti delle informazioni sono sconosciute e le conclusioni contrastanti rispetto ad altri rapporti ritenuti credibili¹³.

Quando una persona non è stata espulsa, la data dell'esame dinanzi alla Corte EDU costituisce il momento da considerare ai fini della valutazione del rischio¹⁴. Questo principio è stato applicato indipendentemente dal fatto che il diritto della CEDU in esame fosse di carattere assoluto, come nel caso dell'art. 3, o non assoluto, come per l'art. 8¹⁵.

sentenza 11 gennaio 2007; Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza 7 luglio 1989.

¹² L'art. 9 della direttiva qualifiche specifica, inoltre, che la persecuzione può assumere forme diverse, tra cui atti di violenza fisica o psichica, provvedimenti legislativi o giudiziari, (come, ad esempio, nel caso di leggi che vietano l'omosessualità o la libertà di religione), nonché gli "atti specificamente diretti contro un sesso o contro l'infanzia". Per esempio, le vittime della tratta di esseri umani possono essere considerate vittime di persecuzione.

¹³ Corte EDU, *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, ricorsi nn. 8319/07 e 11449/07, sentenza 28 giugno 2011.

¹⁴ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, sentenza 28 febbraio 2008.

¹⁵ Corte EDU, *A.A. c. Regno Unito*, ricorso n. 8000/08, sentenza

Quando il richiedente è già stato espulso, la Corte EDU valuterà se la persona ha subito maltrattamenti o se le informazioni sul paese forniscono seri motivi per ritenere che il richiedente subirebbe maltrattamenti¹⁶.

La direttiva qualifiche risolve, infine, il problema riguardante l'agente persecutore, ovvero la fonte della persecuzione, superando in via definitiva le interferenze politiche che negli anni passati avevano indotto alcuni Stati ad attuare la Convenzione di Ginevra in senso restrittivo, cioè a riconoscere lo status di rifugiato solo nelle ipotesi di persecuzione operata dallo Stato, da un agente statale o, laddove operata da un agente privato, solo in presenza di un comportamento connivente o tollerante da parte dello Stato stesso.

L'art. 6 della suddetta direttiva, recepito dall'art. 5 del d. lgs. n. 251/2007, definisce che responsabile della persecuzione possa essere: lo Stato, partiti o organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio e soggetti non statuali.

Perciò, ai fini dell'accertamento della sussistenza dello status di rifugiato, sono rilevanti i comportamenti che provengono direttamente dallo Stato di origine del richiedente, o siano comunque ad esso imputabili perché commessi da soggetti investiti dell'esercizio di prerogative proprie di un'autorità pubblica. Si parla in questo caso di *persecutor* statale, ed il timore del richiedente è necessariamente fondato perché lo stesso non ha de facto la possibilità di richiedere protezione al Paese di origine.

4. Esclusione dallo status di rifugiato

La Convenzione di Ginevra del 1951 individua una serie di ipotesi in presenza delle quali uno straniero o apolide che pur trovandosi in una situazione in cui rientrano gli elementi positivi (timore fondato di persecuzione, presenza fuori del Paese ecc.) non può ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato, disciplinate dall'art. 1, par. D, E, F, che sono riproposti in maniera sostanzialmente identica all'art. 12 della direttiva qualifiche, e recepiti all'art. 10 del d.lgs. n. 251/07¹⁷.

Tali clausole mirano ad escludere che possano godere dello status di rifugiato quelle persone che non ne hanno bisogno (art. 1, lett. D) ed E)), Convenzione di Ginevra e art. 10, co. 1, d.lgs. n. 251/2007) o non lo meritano (art. 1, lett. F), Convenzione di Ginevra e art. 10, co. 2, d.lgs. n. 251/2007).

La prima clausola di esclusione dello status di rifugiato concerne quei casi in cui non vi sia la necessità di attivare la protezione internazionale perché il soggetto beneficia già dell'assistenza o della protezione delle Nazioni Unite in quanto «rientra nel campo di appli-

20 settembre 2011.

¹⁶ UNHCR, *La tutela dei richiedenti asilo - manuale giuridico per l'operatore*, 2014, p. 8 e ss.

¹⁷ UNHCR, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, 2014, p. 88 e ss.

cazione dell'art. 1 lett. D) della Convenzione di Ginevra, relativo alla protezione o assistenza di un organo o di un'agenzia delle Nazioni Unite diversi dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati¹⁸».

In questi casi, pertanto, si presume che la protezione già concessa al richiedente abbia l'effetto di eliminare, in maniera duratura, il fondato timore di subire persecuzioni.

Tale ipotesi di esclusione viene meno, facendo dunque sorgere *ex novo* l'esigenza di protezione, qualora «tale protezione o assistenza cessa per qualsiasi motivo, senza che la posizione di tali stranieri sia stata definitivamente stabilita in conformità delle pertinenti risoluzioni adottate dall'assemblea generale delle Nazioni Unite, essi hanno pieno accesso alle forme di protezione previste dal presente decreto¹⁹».

L'art. 1, lett. E), della Convenzione di Ginevra prevede che «la presente Convenzione non si potrà applicare a coloro che sono considerati dalle autorità competenti del paese in cui hanno stabilito la loro residenza come aventi diritti ed obblighi connessi al possesso della cittadinanza di detto paese.»

La *ratio* di tale ipotesi consiste nella mancanza del bisogno di protezione perché il soggetto gode ed esercita, in maniera concreta, questi diritti, potendo usufruire di un'altra protezione statale.

L'art. 1, lett. F), della Convenzione di Ginevra del 1951 individua tre distinte ipotesi in cui l'individuo, pur possedendo i requisiti previsti dalla clausola d'inclusione di cui all'art. 1, lett. A), della Convenzione, non è meritevole di ricevere protezione internazionale perché resosi colpevole di azioni gravissime ed inaccettabili.

La direttiva 2004/83/CE recepisce le ipotesi individuate dal testo convenzionale all'art. 12, lettere a), b) e c), mentre il legislatore italiano le ha recepite all'art. 10, co. 2, d.lgs. n. 251/2007, stabilendo che lo straniero è escluso dallo *status* di rifugiato ove sia sospettato di aver commesso almeno una delle seguenti azioni: 1) un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità; 2) un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante, ovvero l'Italia, prima di essere ammesso come rifugiato; 3) un atto contrario agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite.

La prima ipotesi riporta pedissequamente quanto previsto dall'art. 1, lett. F), par. a), della Convenzione di Ginevra, pur mantenendo carattere suscettibile ad adeguarsi nel tempo in modo da riferirsi a ciò che progressivamente il diritto internazionale considera crimine contro la pace, la guerra o contro l'umanità al momento della verifica della domanda.

La seconda ipotesi è quella che maggiormente ha dato adito a dubbi di carattere interpretativo, viste le sue condizioni di applicabilità²⁰.

¹⁸ Art. 10 co. 1 d.lgs. 251/2007.

¹⁹ Art. 10 co. 2 d.lgs. 251/2007.

²⁰ Le condizioni di applicabilità di tale ipotesi di esclusione sono

Ad oggi, comunque, tralasciando tutto il dibattito dottrinale che si è occupato della questione, si è giunti a ritenere che, secondo un'interpretazione conforme alle disposizioni della Convenzione di Ginevra, la clausola di esclusione in questione ricorra qualora la persona abbia commesso un reato grave fuori dall'Italia e prima di avervi fatto ingresso come richiedente asilo²¹.

Per quanto riguarda la gravità del reato, invece, quest'ultimo può essere considerato "grave" qualora la pena per esso prevista nell'ordinamento italiano non sia inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci anni. Tuttavia, va precisato, che valutazioni in merito alla gravità dei reati che tengano conto soltanto dell'entità della cornice edittale della pena prevista dalla legge nazionale non sono ammissibili.

La terza ed ultima ipotesi, infine, riprende quanto detto dall'art. 1, lett. F), par. c), della Convenzione di Ginevra, con l'aggiunta che devono considerarsi atti contrari ai principi delle Nazioni Unite quelli "stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni Unite"²². Tale ipotesi è, inoltre, del tutto identica a quella prevista all'art. 16, co. 1, lett. c), per l'esclusione dal riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria.

Le cause di esclusione, pertanto, operano impedendo che il richiedente possa essere ammesso alla protezione dello Stato membro unicamente in ragione di un bilanciamento preventivo di prevalenza della causa di esclusione sulle esigenze di protezione, e per tale motivo devono essere sempre interpretate restrittivamente.

La valutazione circa l'esclusione dalla protezione internazionale dev'essere *ex post* ad una stima nel merito della domanda di protezione internazionale. I soggetti che rientrano nelle clausole di esclusione non vengono considerate rifugiate né ammesse alla protezione sussidiaria.

La sussistenza di una causa di esclusione, sorta successivamente al riconoscimento dello *status* di rifugiato o non conosciuta all'epoca dell'esame della domanda, costituisce motivo di revoca dello *status* di rifugiato ai sensi dell'art. 13, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 251/2007.

5. Orientamento giurisprudenziale

In merito al legame esistente tra l'attività terroristica e la materia d'asilo, la sentenza Lounani s'innesta in una produzione giurisprudenziale che inizia con *Bun-*

due: che il reato sia stato commesso al di fuori dello Stato di accoglienza e prima del momento del rilascio del permesso di soggiorno conseguente al riconoscimento dello *status* di rifugiato, e che il reato possa essere considerato "grave".

²¹ UNHCR, *La tutela dei richiedenti asilo - manuale giuridico per l'operatore*, 2014, p. 22.

²² Gli atti contrari ai fini ed ai principi delle Nazioni Unite sono quelli enunciati nel considerando n. 22 della direttiva 2004/83/CE e nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite.

desrepublik Deutschland contro B e D e prosegue con *H.T. contro Land Baden-Württemberg*.

La sentenza B & D, così come la successiva pronuncia della Corte nella sentenza H.T., estende l'applicazione della clausola di esclusione al di là dei meri atti terroristici diretti.

Dalla loro lettura, infatti, emerge che la semplice appartenenza ad un'organizzazione terroristica non è sufficiente per determinare l'applicazione delle clausole di esclusione di cui all'art. 12, par. 2 e 3, della direttiva qualifiche, in quanto l'inserimento di un'organizzazione in un elenco non può essere assimilato alla valutazione individuale (obbligatoria) dell'eventualità che un particolare richiedente abbia i requisiti per ottenere lo *status* di rifugiato²³.

È molto interessante notare, inoltre, come questo binomio diritto penale – diritto dell'Unione europea, apparentemente così forte in tutta la produzione giurisprudenziale in analisi, abbia in realtà origini del tutto diverse, quasi contrapposte.

Come sottolineato dall'Avvocato Generale, Eleanor Sharpston, il diritto d'asilo è una derivazione del diritto umanitario, e come tale, orientata verso la tutela dei diritti.

La legge antiterrorismo, invece, essendo una delle esplicazioni del diritto penale, ha natura repressiva e punitiva.

Questi due poli così differenti, uno sostanzialmente volto alla difesa mentre l'altro all'accusa, nella fattispecie in concreto non sono così semplici da scindere, questo perché la loro interazione non avviene sul piano europeo bensì, grazie alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, a livello globale.

Nella sentenza Lounani la suddetta interazione si palesa in tutta la sua forza proprio nell'influenza che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza esercitano nella constatazione che gli atti posti in essere dal sig. Lounani, e per i quali è stato condannato, possono escluderlo dallo *status* di rifugiato interpretando la clausola di esclusione in maniera estensiva.

6. Conclusioni

Alcune osservazioni conclusive sono necessarie al fine di tirare le somme dell'analisi sin qui svolta.

A ben vedere, grazie all'interazione tra la normativa antiterrorismo e la disciplina del diritto d'asilo si assiste sia ad una compressione che ad un'espansione del diritto.

Da un lato si ravvisa nell'uso del diritto penale un "mezzo d'esclusione", un mezzo per sottrarre una persona allo *status* di rifugiato sulla base di azioni ritenute contrarie ai valori condivisi della comunità globale, pur potendo ella, in condizioni normali, facilmente accedervi.

²³ Conclusioni dell'Avvocato generale, Eleanor Sharpston, causa C-573/14, par. 70.

Dall'altro, invece, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza permettono un'estensione del campo d'applicabilità delle clausole di esclusione inerenti gli atti terroristici.

Il merito della sentenza Lounani risiede nel suo approccio preventivo al crescente fenomeno del terrorismo.

Essa mira, attraverso l'ampliamento dell'applicabilità della clausola di esclusione dell'UE in materia di asilo, non solo alla salvaguardia della sicurezza del paese a cui è stata rivolta la richiesta d'asilo, ma anche alla soppressione degli atti terroristici nei quali vengono ricompresi anche quelli cosiddetti periferici.

L'apprezzabile intervento della Corte lascia, tuttavia, delle zone d'ombra che non possono che far riflettere e far sorgere dubbi nel lettore.

La notevole rilevanza che assume la condanna penale quale "elemento di valutazione"²⁴ dell'applicazione della clausola di esclusione, che incidenza avrebbe qualora il processo che ha portato all'emanazione della condanna stessa fosse oggetto di ricorso o revisione? Tali eventualità renderebbe meno probabile l'applicabilità della clausola in questione?

E se vi fosse una condanna per terrorismo emanata dal paese d'origine del richiedente asilo che sussume sotto tale *nomen iuris* la semplice critica al governo, in che misura dovrebbe essere presa in considerazione?

I tempi stanno cambiando e con essi i mezzi di comunicazione, i cosiddetti *post* o *tweet* che incitano al terrorismo, che lo propagandano e lo glorificano, potrebbero essere considerati come atti terroristici periferici, quindi in che misura la libertà di espressione potrebbe giustificare il diniego dello *status* di rifugiato?

La Corte di Giustizia tace su questi punti, essa non li affronta *ex professo*, né tantomeno li confina in un *obiter dictum*, lasciando, così, irrisolti diversi interrogativi.

²⁴ È bene ricordare nuovamente che per ritenere che ricorra la causa di esclusione dallo *status* di rifugiato, non è necessario che il richiedente protezione internazionale sia stato condannato per uno dei reati terroristici di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/475/GAI, ma ai fini della valutazione individuale dei fatti che consentono di determinare se sussistono fondati motivi per ritenere che una persona si sia resa colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, la circostanza che tale persona sia stata condannata dai giudici di uno Stato membro per partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, anche indirettamente, assume particolare importanza.

a cura di
Michele Corleto
Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce
Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli
Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea

DIRITTO INTERNAZIONALE

Violazione dell'articolo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Divieto di lavoro forzato e schiavitù – Articolo 3a del Protocollo alla Convenzione di Palermo – Violazione dell'articolo 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani – Obbligo positivo di prevenire il crimine, proteggere le vittime e punire i colpevoli

È una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo un'interpretazione restrittiva che comporta la configurazione della tratta solo nel caso di schiavitù e non nell'ipotesi in cui le vittime siano sottoposte a forme di lavoro forzato durante il lavoro stagionale nei campi. Gli Stati parti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non devono interpretare il reato di traffico di esseri umani in modo restrittivo e sono tenuti a intervenire per aiutare le vittime e punire i colpevoli.

Corte E.D.U., ricorso n. 21884/15, *Affaire Chowdury et autres c. Greece*, sentenza del 30 marzo 2017¹

In relazione allo sfruttamento di migranti come braccianti agricoli: la Corte europea dei diritti dell'uomo chiede agli Stati di combattere il lavoro forzato e la tratta di esseri umani.

È quanto ha stabilito la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Chowdury* e altri contro Grecia depositata il 30 marzo. A rivolgersi a Strasburgo 42 cittadini del Bangladesh che vivevano in Grecia e che erano stati reclutati per raccogliere le fragole con una paga di 22 euro per 7 ore di lavoro e un controllo, mentre lavorano e vivevano in condizioni di degrado, da guardie private armate.

In realtà, gli uomini, che non avevano il permesso di lavoro, non erano stati pagati. Avevano così protestato, ne erano seguiti incidenti con i datori di lavoro che avevano addirittura aperto il fuoco sui braccianti. I titolari erano però stati assolti dall'accusa di traffico di esseri umani ed erano stati tenuti a pagare unicamente 43 euro a ciascun lavoratore. Inoltre, il procuratore non aveva voluto presentare il ricorso in Cassazione per l'accusa di traffico di esseri umani. Di qui il ricorso a Strasburgo che ha dato ragione alle vittime.

Prima di tutto, la Corte europea ha ribadito che la tratta di esseri umani rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione che vieta il lavoro forzato e la schiavitù, precisando che gli Stati non devono utilizzare una nozione troppo restrittiva. Nel caso di specie, i ricorrenti erano stati sottoposti a lavoro forzato ed erano state vittime della tratta di esseri umani ai sensi dell'articolo 3a del Protocollo alla Convenzione di Palermo e dell'articolo 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani. Gli Stati, inoltre, sono tenuti ad adottare un quadro legislativo e amministrativo che proibisca e punisca il lavoro forzato e devono intervenire con controlli e ispezioni per prevenire il traffico di esseri umani.

La Corte di Strasburgo ha aggiunto che va anche garantita un'azione giurisdizionale effettiva e una punizione per gli autori del crimine.

Nel caso di specie, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato che lo Stato ha violato l'articolo 4 venendo meno all'obbligo positivo di prevenire il crimine, proteggere le vittime e punire i colpevoli. Strasburgo ha anche concesso 16mila euro ai ricorrenti che avevano partecipato al procedimento dinanzi alla Corte di assise e 12mila agli altri ricorrenti.

¹ I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili sul portale: www.hudoc.echr.coe.int.

DIRITTO DELL' UNIONE EUROPEA

Provvedimenti provvisori – membro del Parlamento europeo – recupero per compensazione delle indennità pagate a titolo di rimborso per le spese di assistenza parlamentare – domanda di sospensione – mancanza di urgenza – onere probatorio

L'impugnazione di provvedimenti delle Istituzioni europee ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE non ha efficacia sospensiva essendo detti provvedimenti assistiti dalla presunzione di legalità. Il giudice dell'impugnazione può disporre la sospensione dell'esecuzione e adottare ogni altra misura opportuna richiesta dal ricorrente in presenza, a prima vista, del fumus boni juris e del pregiudizio grave ed irreparabile degli interessi del ricorrente.

Tribunale dell'Unione europea, Ordinanza del 6 aprile 2017, causa T-86/17 R

La deputata europea Marion Le Pen, candidata alle elezioni presidenziali francesi, è ricorsa al Tribunale dell'Unione europea per domandare la sospensione del provvedimento del segretario generale del Parlamento del 5.12.2016 con il quale era stato dichiarato non dovuto l'importo di € 298.497,87 corrisposto a titolo di rimborso per le spese di assistenza parlamentare, con emissione di una nota di debito e conseguente recupero per compensazione di tale importo.

Il Parlamento nel 2010 aveva assunto, su richiesta di Mme Le Pen, un assistente parlamentare, per la settima legislatura (2009/14) europea; rieletta anche all'ottava legislatura che terminerà nel prossimo giugno 2019, Mme Le Pen ha chiesto il rinnovo del contratto alla propria assistente.

L'Ufficio europeo antifrode (OLAF) ha quindi notificato alla ricorrente l'avvio di un'indagine relativa al mancato rispetto delle norme dettate in materia di conflitto di interesse e di assistenza parlamentare e successivamente ha raccomandato al Parlamento di adottare le misure necessarie per il recupero delle somme indebitamente percepite dalla parlamentare.

Gli uffici hanno quindi chiesto la restituzione degli importi e la parlamentare ha chiesto di conoscere il rapporto dell'OLAF. Gli uffici parlamentare hanno risposto che il rapporto ha natura confidenziale emettendo una nota di debito per l'importo ritenuto indebitamente percepito da recuperarsi attraverso la trattenuta del 50% dell'indennità di parlamentare, del 100% del rimborso forfettario delle spese generali e del 50% del rimborso delle spese di soggiorno; avverso tale provvedimento Mme Le Pen è ricorsa, chiedendone incidentalmente la sospensione.

Il Presidente del Tribunale, competente ad emettere i provvedimenti cautelari nella procedura incidentale, ha rammentato la necessità che siano specificate sia le circostanze che determinano l'urgenza (*periculum in mora*) sia i motivi di fatto e di diritto (*fumus boni juris*) che giustifichino prima *facie* la concessione delle misure provvisorie richieste in modo da consentire al giudice dell'impugnazione di poter concedere la sospensione dell'esecuzione e ogni altra misura di cui si ritenga necessaria l'adozione per evitare un pregiudizio grave ed irreparabile agli interessi della parte che ne richieda la pronuncia e l'efficacia prima della decisione del ricorso principale.

Il Presidente del Tribunale ha ancora rammentato il principio secondo cui il *periculum in mora* e il *fumus boni juris* devono sussistere cumulativamente, dovendosi rigettare un'istanza di sospensione o più genericamente cautelare in mancanza anche di uno solo di tali elementi (TUE, ordinanza 22 aprile 2016, T-140/16, EU:T:2016:240; ordinanza 7 dicembre 2015, T584/15 R, EU:T:2015:946.).

Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto sussistere tutti gli elementi di fatto per poter decidere sull'istanza senza preventivamente ascoltare le parti.

In ordine al requisito dell'urgenza, il Presidente ha ricordato che il pregiudizio economico non sia da considerarsi ordinariamente irreparabile, poiché potrà sempre essere oggetto di una successiva compensazione, a meno che non sia provato che senza la concessione delle misure cautelari la parte istante possa trovarsi in una situazione di grave disagio economico prima del deposito del provvedimento che definisca il procedimento principale (TUE, ordinanza 19 maggio 2015, T197/15 R, EU:T:2015:294).

A tal fine, l'istante dovrebbe produrre la necessaria documentazione dettagliata comprovante, anche attraverso certificazioni, la propria condizione economica, che permetta di verificare le conseguenze dell'eventuale mancata adozione delle misure cautelari richieste (ord. 22.4.16 e 7.12.15 citt.).

Nel caso in esame, la ricorrente aveva sostenuto che la grandezza dell'importo di cui era stata richiesta la restituzione (€ 298.497,87), le avrebbe impedito di esercitare il proprio mandato di parlamentare europeo con la necessaria indipendenza e che ciò stesso giustificherebbe la concessione della sospensione richiesta.

Il Presidente del Tribunale, richiamato il principio espresso in una precedente pronuncia (ordinanza 16 febbraio 2017, T624/16 R, EU:T:2017:94) secondo il quale il recupero di somme ricevute indebitamente da parte del Parlamento non costituisca di per sé una lesione dell'indipendenza del parlamentare europeo e del libero esercizio delle prerogative a lui conferite dal mandato elettorale, ha quindi rilevato la necessità di valutare se l'importanza della somma oggetto del recupero fosse tale da integrare tale lesione.

Sotto tale profilo, si legge nell'ordinanza che la ricorrente non abbia spiegato in alcun modo perché la trattenuta

del 50% dell'indennità di parlamentare possa impedirle di esercitare le proprie funzioni, così come nessuna indicazione in tal senso sia stata formulata in relazione alla trattenuta integrale delle spese generali forfettarie.

Il Giudice ha quindi ricordato che se da un lato il Parlamento può scegliere di semplificare le proprie procedure amministrative, e dunque i costi da sostenere, per gestire il rimborso delle spese sostenute dai singoli parlamentari, preferendo adottare un ragionevole rimborso forfettario di esse, ciò non toglie che in singoli casi possa essere deciso di procedere al rimborso delle sole spese effettivamente sostenute e comprovate dall'avente diritto, così come stabilito nel caso in esame.

Così pure, il giudice lussemburghese rigetta le doglianze riguardo alla trattenuta del 50% delle spese di soggiorno, giacché il Parlamento provvederà in ogni caso al rimborso delle spese effettivamente sostenute.

In definitiva il Presidente del Tribunale non ha ritenuto condivisibile nessuna delle argomentazioni della ricorrente, rilevando che neppure era stata fornita alcuna prova della rovina economica dell'istante in caso di mancata concessione della sospensiva richiesta.

«Rinvio pregiudiziale – Ambiente – Rifiuti – Direttiva 2008/98/CE – Recupero dei costi della gestione dei rifiuti – Principio "chi inquina paga" – Nozione di "detentore di rifiuti" – Prezzo richiesto per la gestione dei rifiuti – Contributo specifico destinato a finanziare investimenti di capitale»

L'articolo 14 e l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, devono essere interpretati nel senso che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, essi non ostano ad una normativa nazionale la quale preveda, ai fini del finanziamento di un servizio di gestione e di smaltimento dei rifiuti urbani, un prezzo calcolato sulla base di una valutazione del volume di rifiuti generato dagli utenti di tale servizio e non sulla base del quantitativo di rifiuti che costoro hanno effettivamente prodotto e consegnato per la raccolta, e la quale preveda altresì il pagamento, da parte degli utenti, nella loro qualità di detentori dei rifiuti, di un contributo supplementare i cui proventi mirano a finanziare investimenti di capitale necessari al trattamento dei rifiuti, compreso il loro riciclaggio. Tuttavia, il giudice del rinvio è tenuto a verificare, sulla scorta degli elementi di fatto e di diritto che gli sono stati sottoposti, se ciò non porti ad imputare a taluni «detentori» costi manifestamente sproporzionati rispetto ai volumi o alla natura dei rifiuti che essi possono produrre. Per far questo, il giudice nazionale potrà, in particolare, tener conto di criteri correlati al tipo di beni immobili occupati dagli utenti, alla superficie e alla destinazione di tali immobili, alla capacità produttiva dei «detentori» dei rifiuti, al volume dei contenitori messi a disposizione degli utenti, nonché alla frequenza della raccolta, nella misura in cui tali parametri sono idonei a influire direttamente sull'importo dei costi di gestione dei rifiuti.

Corte giust., Sesta Sezione, 30 marzo 2017, VG Čistoća²

La controversia verte sul pagamento di fatture relative alla gestione di rifiuti domestici. Il giudice del rinvio chiede se sia compatibile con gli articoli 14 e 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/98, una normativa nazionale che preveda, da un lato, che gli utenti del servizio di trattamento dei rifiuti paghino un prezzo calcolato sul volume del contenitore messo a loro disposizione, e non sul peso dei rifiuti effettivamente prelevati, e, dall'altro, che tali utenti paghino un contributo supplementare, i cui proventi sono destinati a finanziare gli investimenti necessari al trattamento dei rifiuti raccolti.

La Corte di giustizia fornisce una risposta chiara ed esauriente legata alla giurisprudenza dell'Unione formatasi sulla questione e alla luce del diritto dell'Unione europea vigente. Altrimenti detto, le possibilità di pronunce diverse nel senso dell'illegittimità di una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, sembrano precluse al giudice dell'Unione dal diritto UE medesimo.

In dettaglio, la Corte prende avvio dall'articolo 14 della direttiva 2008/98 e dal principio «chi inquina paga». In ragione di questi ultimi, accerta che i costi della gestione dei rifiuti sono sopportati dal produttore iniziale dei rifiuti ovvero dal detentore attuale o precedente dei rifiuti. Tale obbligo finanziario incombe a questi detentori in ragione del loro contributo alla produzione dei rifiuti in questione (v. Corte giust., sentenze del 24 giugno 2008, *Commune de Mesquer*, C188/07, EU:C:2008:359; 16 luglio 2009, *Futura Immobiliare e a.*, C254/08, EU:C:2009:479).

Quanto al finanziamento dei costi di gestione e di smaltimento dei rifiuti urbani, trattandosi di un servizio che viene fornito collettivamente ad un insieme di «detentori», la Corte precisa che «gli Stati membri sono tenuti, in forza dell'articolo 15 della direttiva 2008/98, a far sì che, in linea di principio, tutti gli utenti di tale servizio, nella loro qualità di «detentori» ai sensi dell'articolo 3 di tale direttiva, sopportino collettivamente il costo globale dello smaltimento dei rifiuti (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2009, *Futura Immobiliare e a.*, C254/08, EU:C:2009:479, punto 46)».

² Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

Precisando che allo «stato attuale del diritto dell'Unione, non esiste alcuna normativa adottata sulla base dell'articolo 192 TFUE che imponga agli Stati membri un metodo preciso quanto al finanziamento del costo dello smaltimento dei rifiuti urbani, sicché tale finanziamento può, a scelta dello Stato membro interessato, essere assicurato indifferentemente mediante una tassa, un contributo o qualsiasi altra modalità. Date tali circostanze, ricorrere a criteri di fatturazione basati sul volume del contenitore messo a disposizione degli utenti, in funzione segnatamente della superficie dei beni immobili che costoro occupano nonché della destinazione degli immobili stessi, può consentire di calcolare i costi dello smaltimento di tali rifiuti e di ripartirli tra i vari detentori, in quanto detto parametro è idoneo a influire direttamente sull'importo di tali costi (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2009, Futura Immobiliare e a., C254/08, EU:C:2009:479, punti 48 e 50)». Ne segue che una normativa nazionale la quale preveda, ai fini del finanziamento della gestione e dello smaltimento dei rifiuti urbani, «un prezzo calcolato sulla base di una valutazione del volume di rifiuti generato e non sulla base del peso dei rifiuti effettivamente prodotti e consegnati per la raccolta, non può essere considerata, allo stato attuale del diritto dell'Unione, in contrasto con l'articolo 14 e l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/98 (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2009, Futura Immobiliare e a., C254/08, EU:C:2009:479, punto 51)».

Ugualmente in presenza di un contributo supplementare, che miri a finanziare gli investimenti necessari al trattamento dei rifiuti, compreso il loro riciclaggio.

Infatti, a norma dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2008/98, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie per fare in modo che i produttori di rifiuti partecipino collettivamente agli investimenti necessari per raggiungere gli obiettivi enunciati dalla direttiva 2008/98 (articolo 11, paragrafo 1, all'articolo 14 e all'articolo 15, paragrafo 1), in ragione del loro apporto alla produzione dei rifiuti.

Ciò nonostante, il giudice del rinvio è tenuto a verificare se il prezzo richiesto nonché il contributo supplementare «non portino ad imputare a taluni «detentori» costi manifestamente sproporzionati rispetto ai volumi o alla natura dei rifiuti che essi possono produrre (v., per analogia, sentenza del 16 luglio 2009, Futura Immobiliare e a., C254/08, EU:C:2009:479, punti 55 e 56)». Al riguardo, la Corte UE ricorda che bisogna tener conto di criteri correlati al tipo di beni immobili occupati dagli utenti, alla superficie e alla destinazione di tali immobili, alla capacità produttiva dei «detentori» dei rifiuti, al volume dei contenitori messi a disposizione degli utenti, nonché alla frequenza della raccolta, nella misura in cui tali parametri sono idonei a influire direttamente sull'importo dei costi di gestione e di smaltimento dei rifiuti.

In definitiva, la direttiva in questione, *rebus sic stantibus*, ammette una normativa nazionale che preveda, ai fini del finanziamento di un servizio di gestione e di smaltimento dei rifiuti urbani, un prezzo calcolato sulla base di una valutazione del volume di rifiuti generato dagli utenti di tale servizio e non sulla base del quantitativo di rifiuti che costoro hanno effettivamente prodotto e consegnato per la raccolta, e la quale preveda altresì il pagamento, da parte degli utenti, nella loro qualità di detentori dei rifiuti, di un contributo supplementare i cui proventi mirano a finanziare investimenti di capitale necessari al trattamento dei rifiuti, compreso il loro riciclaggio.

Tuttavia, il giudice nazionale deve verificare, sulla scorta degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, se ciò non porti ad imputare a taluni «detentori» costi manifestamente sproporzionati rispetto ai volumi o alla natura dei rifiuti che essi possono produrre. Per far questo, il giudice nazionale potrà tener conto di criteri correlati al tipo di beni immobili occupati dagli utenti, alla superficie e alla destinazione di tali immobili, alla capacità produttiva dei «detentori» dei rifiuti, al volume dei contenitori messi a disposizione degli utenti, nonché alla frequenza della raccolta, nella misura in cui tali parametri sono idonei a influire direttamente sull'importo dei costi di gestione dei rifiuti.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Il diritto di assunzione del vincitore di concorso pubblico e la responsabilità della p.a. 390
di Giacomo Romano

DIRITTO PENALE

La lista Falciani tra inutilizzabilità della documentazione, obblighi di fedeltà del dipendente
verso l'istituto datore di lavoro e tutela della riservatezza dei dati bancari. 397
di Antonella D'Errico

DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

Sulla "temporalizzazione" della detenzione dei documenti amministrativi ostensibili
dopo la conclusione del procedimento 401
di Elia Scafuri



Diritto processuale civile

Il diritto di assunzione del vincitore di concorso pubblico e la responsabilità della p.a.

abstract

The public administration, forced to approval of the final list of a competition, is liable for damage caused by delayed job if it prevents the occurrence of the condition.

keywords

Right job – Contractual liability – Doctrine of fictional fulfillment.

abstract

La pubblica amministrazione, obbligata all'approvazione della graduatoria definitiva di un concorso, è responsabile del danno da ritardata assunzione se impedisce il verificarsi della condizione omettendo di approvare la graduatoria finale.

parole chiave

Diritto all'assunzione – Danno da ritardata assunzione – Finzione di avveramento.

Il presente approfondimento trae spunto dalla sentenza della corte d'appello di Palermo, sez. lavoro, del 22 dicembre 2016, n. 1044 ove i giudici si sono soffermati sull'annosa questione dei vincitori di concorso pubblico mai assunti dalla p.a. che ha bandito il concorso. Il tema si ricollega alla questione della natura giuridica della posizione soggettiva vantata dal vincitore di concorso non assunto ed a quella riguardante i rapporti tra autotutela amministrativa e tutela dell'affidamento. La corte d'appello di Palermo, accogliendo totalmente il ricorso di alcuni vincitori di un concorso pubblico bandito nel lontano 2000 e mai assunti, ha deciso che dall'approvazione della graduatoria definitiva discende, invero, il diritto all'assunzione del partecipante collocato in posizione utile della graduatoria, cui corrisponde l'obbligo di adempimento dell'amministrazione assoggettato al regime di cui all'art. 1218 c.c., anche con riferimento al diritto al risarcimento in caso di inadempimento¹. Più in dettaglio, il giudice di

¹ L'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, fa nascere,

seconde cure ha affermato che in pendenza della condizione la controparte deve comportarsi secondo buona fede, ciò che nella specie non sarebbe avvenuto, sicché è stato statuito il diritto all'assunzione delle ricorrenti (artt. 1359 e 1360 c.c.). In altri termini, la condizione dell'approvazione definitiva della graduatoria è stata considerata come avvenuta, con la conseguente produzione dell'effetto del diritto all'assunzione. La questione fattuale sottesa al giudizio di primo grado appare particolarmente articolata e si ritiene opportuno fornirne una breve ricostruzione. Con sentenza n. 260 del 6 febbraio 2014 il Tribunale di Palermo dichiarava che le ricorrenti avevano diritto ad essere assunte presso un'amministrazione regionale nel ruolo di assistente tecnico restauratore. Premetteva il Tribunale che le due ricorrenti avevano partecipato ad un concorso pubblico per n. 97 posti nel ruolo assistente tecnico restauratore bandito con un decreto del 2000 ma, nonostante con determina dirigenziale del 2005 fosse stata approvata la graduatoria provvisoria di merito – che vedeva ambedue le ricorrenti collocate in posizione utile per l'assunzione (una al primo posto e l'altra al trentacinquesimo) – l'Amministrazione regionale, per propria colpevole inerzia, aveva omesso di provvedere alla conclusione della procedura selettiva, fino a che, una volta entrato in vigore il blocco delle assunzioni disposto dall'art. 1, comma 10, l.r. n. 25/2008², aveva comunicato che ogni adempimento

infatti, nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione, a nulla rilevando l'apposizione al provvedimento di approvazione di una clausola con la quale l'amministrazione si riserva il potere di decidere se procedere o meno alle assunzioni, trattandosi di clausola nulla ai sensi dell'art. 1355 cod. civ. (condizione meramente potestativa), perché subordinante l'obbligo di assunzione alla mera volontà dell'amministrazione medesima; parimenti, non è pregiudicato il diritto soggettivo all'assunzione nel caso di implicita revoca degli atti successivi all'approvazione della graduatoria, in quanto in tal caso il potere autoritativo di revoca sarebbe mancante dei requisiti di forma previsti dalla legge.² Art. 10. «È fatto divieto alle Amministrazioni regionali, istituti, aziende, agenzie, consorzi, esclusi quelli costituiti unicamente tra enti locali, organismi ed enti regionali comunque denominati, che usufruiscono di trasferimenti diretti da parte della Regione, di procedere ad assunzioni di nuovo personale sia a tempo indeterminato che a tempo determinato. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle aziende unità sanitarie locali e alle aziende ospedaliere e agli enti del settore (C.E.F.P.A.S.) per i quali continuano ad applicarsi le vigenti norme nazionali nonché agli

al riguardo risultava sospeso a causa dell'entrata in vigore del divieto normativo. Solo con successivo decreto del direttore generale emesso nel 2011, a seguito di numerose istanze ed un parallelo contenzioso dinanzi al T.a.r. Sicilia azionato da una delle ricorrenti in data 1 dicembre 2008 avverso l'inottemperanza reiterata dell'Amministrazione regionale, era stata finalmente approvata la graduatoria definitiva con la precisazione che, per tutto il quinquennio 2011/2015, non si sarebbe potuto procedere all'assunzione dei vincitori, ostandovi il divieto di cui all'art. 1, l.r. n. 25/2008 cit. nel testo risultante dalla modifica operata dall'art. 8, comma 1, l.r. n. 24/2010³. Ritenuto, tuttavia, che un siffatto contegno configurasse inadempienza rispetto ad un preciso obbligo di provvedere – sanzionato, invero, dallo stesso T.a.r. Sicilia con sentenza n. 1927/2009 – e tenuto, altresì, conto del fatto che l'art. 42, comma 2, l.r. n. 11/2010⁴ aveva fatto salve le assunzioni seguite a concorsi le cui graduatorie fossero state approvate in via definitiva alla data del 31 dicembre 2008, il Tribunale di Palermo riteneva perfezionati fin dall'1 dicembre 2008 – coincidente con il ricorso proposto davanti al T.a.r. di Palermo – gli effetti della graduatoria definitiva successivamente approvata. Nel contempo, lo stesso Tribunale reputava, però, infondata l'ulteriore domanda di risarcimento dei danni commisurata alle retribuzioni perdute proposta dalle ricorrenti. Sul punto riteneva, in particolare, che, non operando il sinallagma contrattuale, non sussistesse alcun obbligo per l'amministrazione di corrispondere le retribuzioni. Né, parimenti, era prospettabile alcun danno da ritardo, atteso che non risultava provato che le ricorrenti avessero fatto formale offerta della prestazione mediante atto idoneo a fare scattare gli effetti della *mora credendi*. Tanto premesso in punto di fatto, l'amministrazione regionale impugnava la sentenza di primo grado deducendo, anzitutto, la violazione dei principi pubblicistici operanti nei confronti della po-

enti regionali lirico-sinfonici e dello spettacolo limitatamente alla stagionalità degli eventi e senza alcun onere finanziario a carico del bilancio della Regione in materia per le quali continuano ad applicarsi le vigenti norme nazionali in materia».

³ Art. 10-*bis*. «Per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 della legge regionale 30 aprile 1991, n. 10 e successive modifiche ed integrazioni, sono fatte salve le procedure di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche ed integrazioni, da espletarsi con le modalità di cui all'articolo 42 della legge regionale 12 maggio 2010, n. 11 nonché le assunzioni di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 e successive modifiche ed integrazioni, purché nel rispetto degli obiettivi di finanza pubblica di cui al comma 557 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e successive modifiche ed integrazioni. La decorrenza dei termini delle graduatorie di concorsi pubblici espletati negli enti locali, ancora valide alla data di entrata in vigore della presente legge, è prorogata di un ulteriore anno».

⁴ Art. 42, comma 2. 2. «Le disposizioni di cui al comma 10 dell'articolo 1 della legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25 non si applicano per i concorsi già espletati le cui graduatorie siano state approvate in via definitiva alla data di entrata in vigore della legge regionale n. 25/2008».

testà contrattuale della p.a. con riferimento al ritenuto perfezionamento dell'obbligo a contrarre che la sentenza assumeva esser sorto in capo alle amministrazioni in assenza di un formale vincolo negoziale sottoscritto dall'organo titolare del potere rappresentativo. Invero, l'amministrazione affermava la portata impeditiva del diritto all'assunzione proveniente dal *factum principis*⁵ costituito dall'entrata in vigore del blocco delle assunzioni di cui all'art. 1, comma 10, l.r. n. 25/2010 cit. il cui dettato imperativo sarebbe stato illegittimamente eluso dalla pronuncia impugnata. Tra le varie doglianze proposte veniva anche sostenuto che, ferma restando la facoltà delle amministrazioni interessate di rivalutare, a distanza di oltre dieci anni dal bando, il perdurare del fabbisogno del personale nella qualifica indicata, nessun colpevole inerzia era comunque ravvisabile nel loro comportamento atteso che il ritardo nella definizione della procedura selettiva era dipeso principalmente dal vasto e plurimo contenzioso giurisdizionale che ne aveva caratterizzato e tormentato lo svolgimento. Infine, a parere della p.a. era da ritenersi illegittima la portata estensiva degli effetti della graduatoria definitivamente approvata anche alla posizione della ricorrente che non aveva a suo tempo agito per ottenere giudizialmente l'adozione dell'atto. Come si è già anticipato, il giudice di secondo grado ha integralmente condiviso quanto affermato dal Tribunale ritenendo non giustificato e contrario a buona fede il comportamento della pubblica amministrazione che, con grave ritardo, aveva provveduto all'approvazione definitiva della graduatoria, condizione quest'ultima costituente al contempo provvedimento amministrativo, ma anche negoziale di individuazione

⁵ Secondo l'orientamento espresso prevalentemente dalla giustizia amministrativa, da ultimo la pronuncia del T.a.r. Lazio, sez. II-*bis*, n. 7029 del 14 settembre 2005, il «concorrente classificato al primo posto della graduatoria concorsuale non vanta una posizione di diritto soggettivo alla nomina, bensì solo un'aspettativa ad essa, avendo la p.a. il potere di non procedere alla nomina (o all'assunzione in servizio) tutte le volte che sia venuta meno la necessità o la convenienza della copertura del posto messo a concorso, o l'assunzione stessa sia inibita da una norma sopravvenuta o in generale da un *factum principis*, con il solo limite della presenza di valide e motivate ragioni di pubblico interesse» (cfr. anche T.a.r. Puglia - Lecce, sez. II, 26 febbraio 2008, n. 596, sulla scorta dei principi sopra richiamati). La scelta della p.a. di non procedere all'assunzione del vincitore e quindi di revocare la procedura concorsuale è stata ritenuta legittima nelle seguenti fattispecie: - quando sia venuta meno la necessità o la convenienza della copertura del posto messo a concorso come nel caso in cui l'amministrazione, nell'esercizio della potestà organizzativa, durante l'espletamento della procedura, e dunque anche dopo l'indizione del concorso, ridetermini la dotazione organica eliminando il posto messo a concorso; - quando manchi la copertura finanziaria per la nuova assunzione; - in caso di blocco delle assunzioni derivante da un'espressa previsione di legge, come i vincoli alle assunzioni previsti dalle ultime leggi finanziarie (c.d. *factum principis*), con il solo limite della presenza di valide e motivate ragioni di pubblico interesse (T.a.r. Valle d'Aosta, 12 dicembre 2001, n. 190; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2001, n. 1632).

del contraente, da cui discende il diritto all'assunzione. La questione giuridica sottesa al caso in esame non appare di facile soluzione atteso che, negli anni, la stessa giurisprudenza ha avuto un atteggiamento ondivago e si sono registrati forti contrasti tra i giudici amministrativi e quelli civili. Ma procediamo con ordine. Nel caso in cui l'amministrazione decida di non procedere all'assunzione si tratta di verificare quale posizione può vantare il vincitore rispetto a tale decisione, se cioè l'amministrazione sia tenuta o meno a procedere all'assunzione e, in questo caso, se il vincitore non assunto abbia comunque diritto al risarcimento di eventuali danni. Ebbene, per la giurisprudenza amministrativa maggioritaria, la posizione soggettiva del vincitore di concorso pubblico non è ritenuta un diritto soggettivo perfetto, in quanto soggetta alla permanenza delle condizioni soggettive e oggettive sussistenti al momento dell'emanazione del bando. Invero, riguardo alla natura giuridica della situazione soggettiva coinvolta, il vincitore di un concorso pubblico «vanta non un diritto soggettivo perfetto, bensì un interesse legittimo all'assunzione, in considerazione del rilievo secondo cui l'assunzione è rimessa a puntuali atti formali degli organi competenti ed è espressione della potestà organizzatoria della pubblica amministrazione datrice di lavoro. Sicché, ben può la p.a., laddove sopravvengano, nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale, circostanze preclusive di natura normativa, organizzativa o anche solo finanziaria, paralizzare o, se del caso, annullare la procedura stessa, salvo l'ovvio controllo sulla congruità e la correttezza delle scelte in concreto operate⁶». Secondo il suddetto orientamento quando un ordine dell'autorità o un provvedimento autoritativo rendono impossibile l'adempimento di una determinata prestazione, si è in presenza di una causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione stessa, ipotesi che si affianca a quelle di caso fortuito e forza maggiore, della quale il *factum principis* costituirebbe una specificazione. Un secondo orientamento, consolidatosi in seguito alla devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario del contenzioso riguardante la fase successiva all'approvazione della graduatoria concorsuale, ritiene che il vincitore del concorso⁷ vanta un

vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione. La p.a. dal momento successivo all'approvazione della graduatoria si comporta nei confronti del vincitore come un datore di lavoro privato e i suoi atti non sono provvedimenti amministrativi, ma atti di gestione. Si riconosce in capo al vincitore di concorso un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, tutelabile dinanzi al giudice ordinario, nei confronti della p.a. che ha emanato il bando e proceduto all'approvazione della graduatoria⁸. Infatti, ove il datore di lavoro abbia manifestato la volontà di provvedere alla copertura di posti di una determinata qualifica attraverso il sistema del concorso ed abbia, a questo fine, pubblicato un bando che contenga tutti gli elementi essenziali (numero dei posti disponibili, qualifica, modalità del concorso, criteri di valutazione dei titoli, etc.), prevedendo altresì il riconoscimento del diritto del vincitore del concorso di ricoprire la posizione di lavoro disponibile e la data a decorrere dalla quale è destinata ad operare giuridicamente l'attribuzione della nuova posizione, sono rinvenibili in un comportamento siffatto gli estremi propri di un'offerta al pubblico, che impegna l'azienda non solo al rispetto delle norme con le quali essa stessa ha autodisciplinato la propria discrezionalità, ma anche ad adempiere a tale obbligazione secondo i principi di correttezza e buona fede⁹, con piena possibilità di controllo giurisdizionale, che, intervenendo su scelte imprenditoriali automaticamente compiute, non limita in alcun modo la libertà di iniziativa economica e soltanto verifica l'osservanza di impegni legittimamente assunti. In altri termini, il superamento del concorso, indipendentemente dalla successiva nomina, consolida nel patrimonio dell'interessato l'acquisizione di una situazione giuridica individuale, non disconoscibile alla stregua della natura del bando, né espropriabile per effetto di diversa disposizione generale, successiva, di un contratto collettivo, giusta il disposto dell'art. 2077, comma 2, cod. civ. Ebbene, condividendo l'orientamento da ultimo riportato, appare certamente corretto il ragionamento del primo giudice e condiviso anche dai giudici d'appello, secondo cui sussiste il riconoscimento del diritto delle ricorrenti ad essere assunte nei ruoli dell'amministrazione regionale con la qualifica di assistente tecnico restauratore. Invero, i giudici di seconde grado hanno affermato che tale diritto emerge palese dal positivo scrutinio dei seguenti requisiti di legittimità: a) un bando di concorso che aveva aperto una procedura selettiva all'esito della quale le candidate si erano collocate in posizione utile; b)

⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8337; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2001, n. 1632; T.a.r. Valle d'Aosta, 12 dicembre 2001, n. 190.

⁷ Si badi che per vincitori non possono essere intesi i c.d. idonei. D'altro canto, in generale, l'obbligo di assunzione degli idonei sorge unicamente quando l'amministrazione – nella sua discrezionalità – si determini all'assunzione di personale della medesima qualifica e categoria professionale. Pertanto, la giurisprudenza ha affermato che non sussiste un diritto soggettivo pieno alla assunzione degli idonei mediante scorrimento che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e della disponibilità di posti in organico, dovendo comunque l'amministrazione assumere la decisione organizzativa di procedere al reclutamento di personale, correlata a eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di

bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e ad ulteriori altri elementi di fatto e di diritto rilevanti. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 09 aprile 2015, n. 1796).

⁸ Cfr. Trib. Rimini, ordinanza 27 settembre 2000; Trib. Modena, ordinanza 2 agosto 2000.

⁹ Cfr. sul punto, Cass. civ., 6 ottobre 1995, n. 10500; Id., 12 dicembre 1993, n. 11158; Id., 19 febbraio 1992, n. 2067; Id., 28 novembre 1992, n. 12744.

una graduatoria di merito approvata in via provvisoria nel 2005; c) una graduatoria definitiva approvata nel 2011 tale che, avendo radicato un diritto soggettivo perfetto in capo alle ricorrenti, ha imposto all'amministrazione di procedere alla loro immissione in ruolo. Ed invero, sul fatto che il bando di concorso per l'accesso ad un pubblico impiego configuri *lex specialis* vincolante per l'amministrazione che lo ha emesso e che l'approvazione della graduatoria definitiva configuri il fatto costitutivo del diritto all'assunzione in capo al candidato di una procedura concorsuale è principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità posto che in materia di pubblico impiego, il bando di concorso per l'assunzione di personale ha duplice natura giuridica di provvedimento amministrativo e di atto negoziale (offerta al pubblico, come *supra* chiarito) vincolante nei confronti dei partecipanti al concorso e della stessa p.a., la quale con l'approvazione della graduatoria esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e alla propria attività autoritativa, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della p.a. da valutarsi alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 cod. civ.)¹⁰. In particolare, la Cassazione civile, con sentenza del 14 giugno 2012, n. 9807, ha chiarito che l'approvazione della graduatoria è, ad un tempo, provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, da essa discendendo, per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all'assunzione e, per l'amministrazione che ha indetto il concorso, l'obbligo correlato, quest'ultimo soggetto al regime di cui all'art. 1218 c.c. ed ai profili correlati al rispetto della buona fede contrattuale. Ne consegue che, in caso di mancata assunzione, va riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che l'ente pubblico dimostri che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile. Nel parametro della buona fede, inteso come comportamento che vincolava la p.a. a salvaguardare gli interessi degli aspiranti alla positiva definizione della procedura concorsuale, il giudice di prime cure ha inquadrato il contegno delle amministrazioni interessate ritenendole responsabili a titolo contrattuale della mancata assunzione delle ricorrenti per effetto del ritardo ingiustificato nell'approvazione della graduatoria concorsuale. In tal senso, i giudici d'appello hanno ritenuto che il tribunale palermitano avesse fatto condivisibile applicazione di un principio immanente nell'ordinamento civile secondo il quale, in pendenza di una condizione dal cui avveramento

una parte attende il perfezionamento degli effetti del contratto, la controparte deve operare in guisa da non pregiudicarne il diritto. Il ragionamento seguito dai giudici di secondo grado appare, invero, assolutamente condivisibile. Ove, infatti, per causa imputabile alla p.a. il fatto a cui è collegato l'avveramento della condizione (approvazione della graduatoria definitiva) non si verifichi la condizione si considera nondimeno avverata per *factio iuris* e i suoi effetti (diritto all'assunzione) retroagiscono al momento in cui è stato concluso il contratto (artt. 1359 e 1360 c.c.). Sotto questo aspetto, la sentenza in esame presenta un contenuto altamente innovativo avendo applicato in modo sapiente il principio dell'avveramento della condizione facendone derivare il diritto all'assunzione delle ricorrenti. La condizione della approvazione definitiva della graduatoria è stata, dunque, considerata come avvenuta, con conseguente produzione dell'effetto del diritto all'assunzione. La finzione di avveramento ha origini remote: secondo Ulpiano, l'elaborazione della regola risale alla Legge delle XII Tavole¹¹; successivamente, essa è stata sviluppata dalla giurisprudenza, con riferimento alle manomissioni testamentarie¹². Ove il testatore avesse previsto la manomissione di un suo schiavo *sub condicione*, infatti, vi era l'eventualità che l'erede, divenuto proprietario dello schiavo, impedisse l'adempimento della condizione richiesta, frustrando la volontà del testatore. E poiché allo schiavo non poteva certo essere riconosciuto un «diritto» alla manomissione (egli – si diceva – aveva, al più, una *spes*, una aspettativa di libertà) fu appunto introdotto dalle XII Tavole e ulteriormente elaborato dalla giurisprudenza il meccanismo della finzione di avveramento della condizione. La regola, inizialmente prevista per la manomissione, è stata poi estesa alle disposizioni testamentarie a carattere patrimoniale (istituzione di

¹¹ Tituli ex corpore Ulpiani 2, 4: «*Sub hac condicione liber esse iussus: si decem milia heredi dederit, et si ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex duodecim tabularum iubet*». Cfr. A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, in part. p. 228 ss.

¹² cfr. A. MASI, cit., p. 220 ss. Gli studiosi che hanno affrontato l'argomento sono concordi nel ritenere fondamentali, in materia, le conclusioni dello Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II, 2, Leipzig, 1898, p. 169 ss. Punto di riferimento sarebbe un passo del Digesto di Ulpiano, che riprodurrebbe, a sua volta, un passo più risalente, attribuito a Giuliano. In verità, il riconoscimento dell'origine classica della norma non è affatto pacifico: si è già citato, al proposito, il passo di Ulpiano che fa risalire la formulazione della regola alla Legge delle XII Tavole. Gli Autori discutono, inoltre, della portata di questa stessa norma in età giustiniana. In particolare, appare dubbio se taluni principi possano essere fatti risalire già all'epoca classica, o se invece essi non siano, piuttosto, il frutto di una successiva elaborazione, intervenuta, appunto, in età giustiniana. A fini di completezza, è interessante il confronto degli studi condotti da A. Masi, cit., in part. p. 211 ss.; G. GROSSO, *La finzione di adempimento nella condizione*, Modena, 1930; nonché Id., *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino, 1930; VASSALLI, *Dies vel condicio. Studi sulla dottrina della condizione*, in Id., *Studi giuridici*, I, Milano, 1960.

¹⁰ Cfr. sul punto, Cass. civ., sez. lav., 01 ottobre 2014, n. 20735; Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21671; Cass. civ., 20 gennaio 2009, n. 1399; Cass. civ., sez. un., 16 aprile 2007 n. 8951.

erede, legati, fedecommissi), in seguito anche ai contratti. Inquadrata l'odierna fattispecie all'interno della su esposta cornice giuridica – concordemente a quanto affermato i giudici d'appello – non si ravvisa alcun vizio nel ragionamento del primo giudice, il quale ha ritenuto di qualificare la condotta negligente della p.a., rea di avere lasciato decorrere oltre cinque anni prima di sanare l'omessa approvazione della graduatoria definitiva del concorso, come condizione inadempita del diritto all'assunzione in ruolo, tributandovi effetti retroattivi fin dall'1 dicembre 2008, come pure accertato dal giudice amministrativo. Invero, correttamente i giudici di primo grado hanno ricondotto il meccanismo della finzione di avveramento all'obbligo di buona fede e identificato quest'ultimo nell'obbligo di cui all'art. 1358 c.c., di conservare integre le ragioni dell'altra parte, nella particolare prospettiva dello stesso art. 1359 c.c., cioè non alterando la normale vicenda casuale che dovrebbe condurre al verificarsi dell'evento dedotto in condizione. Ma vi è di più. I giudici palermitani hanno in realtà statuito su di un altro aspetto sul quale non vi è unanimità di vedute in dottrina e cioè quale sia, più specificamente, la condotta richiesta ai contraenti in pendenza della condizione. È stato risolto, dunque, l'interrogativo relativo all'esatto contenuto di tale dovere di buona fede, che dagli Autori è stato, di volta in volta, identificato in un mero obbligo negativo, di astenersi dall'alterazione della vicenda condizionale¹³, o in un obbligo positivo, che giunge a prevedere una attivazione da parte del contraente¹⁴. Pare opportuno richiamarsi sul punto al commento contenuto nella Relazione al Codice civile¹⁵. È

¹³ Così, ad esempio, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. della II edizione, Napoli, ESI, 2002, pp. 524 ss., in part. p. 526. TALE A., richiamandosi alla distinzione tra correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), secondo la quale la prima sarebbe caratterizzata da un atteggiamento di mera astensione, mentre la seconda comporterebbe obblighi positivi, di attivazione per l'adempimento delle altrui aspettative, ritiene che il dovere di cui all'art. 1358 c.c. – la cui violazione è appunto sanzionata nell'art. 1359 c.c. – sia un semplice dovere di correttezza, che «si concreta in un atteggiamento di riguardo all'interesse altrui e consiste propriamente nell'astensione da atti che possano recarvi danno o turbativa».

¹⁴ Giunge agevolmente a questa conclusione, naturalmente, chi nega il collegamento tra art. 1359 c.c. e art. 1358 c.c.: cfr. A. FAVARÒ, *L'art. 1359 cod. civ. e la c.d. finzione di avveramento della condizione, nota a Trib. Monza, 18 dicembre 1978*, in *Foro padano*, 1980, in part. c. 158, ove si afferma «Sul piano oggettivo non può dirsi che esistano veri e propri limiti se non quelli scaturenti dalle conclusioni cui si perviene, di volta in volta, in sede di interpretazione del negozio e di indagine sulla volontà presupposta. Qualunque atto che concretamente impedisce l'avveramento della condizione e che lo stipulante o gli stipulanti abbiano presupposto come escluso dalle cause che potevano influire sul verificarsi della condizione, può integrare un comportamento sussumibile nella previsione dell'art. 1359 c.c. Non ha rilievo la distinzione fra comportamento omissivo e commissivo». In senso conforme, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, t. II, Torino, 2004, III ed., p. 152.

¹⁵ Relazione al Codice civile, n. 620.

qui chiaramente spiegato, infatti, che l'art. 1358 c.c., nel chiedere ai contraenti di agire secondo buona fede, giunge a creare, ove sia necessario, un «obbligo di agire attivamente per la conservazione del diritto dell'altra parte». Sappiamo che la sanzione per la violazione di tale obbligo è costituita dal rimedio predisposto dall'art. 1359 c.c.: ove l'obbligo stesso si specifica nel dovere dell'interessato «di non ostacolare il libero svolgimento del fatto da cui deve dipendere l'efficacia o la risoluzione del contratto». Ma tale dovere non consiste e non può consistere esclusivamente in una condotta di mera astensione. Sembra, al contrario, ragionevole ritenere che, proprio alla luce del significato delle espressioni contenute nella norma da ultimo richiamata, nonché in considerazione della particolare natura del dovere di buona fede – clausola generale ed aperta di contenuto necessariamente variabile – questo obbligo di non alterazione del normale svolgimento della vicenda generatrice dell'evento condizionante non è definibile in astratto e in anticipo¹⁶: esso potrebbe concretizzarsi, di volta in volta, in un semplice obbligo passivo, di astensione dal compimento di atti¹⁷, o, invece, in un obbligo positivo, di attivazione rispetto alla eliminazione di eventuali ostacoli al normale svolgimento della vicenda. Il criterio dirimente sarà allora la contrarietà o meno della condotta adottata rispetto agli scopi che le parti intendevano perseguire attraverso il contratto. È chiaro che il discorso sulla finzione di avveramento della condizione si svolge interamente all'interno dello spazio negoziale: esso ha ad oggetto non il comportamento del terzo (in questo caso della Pubblica Amministrazione), rispetto al quale non ha senso discorrere di violazione dell'obbligo (contrattuale) di non impedire il verificarsi della condizione, ma sempre il comportamento della parte negoziale (che ben potrà essere la stessa Pubblica Amministrazione), la quale dovrà agire nel rispetto del dovere di buona fede. Ove tale dovere sia violato, l'ordinamento predisponde, all'art. 1359 c.c., un rimedio specifico, cui si dovrà ricorrere ove possibile. Nel caso della condizione legale, in particolare, tale ricorso potrà essere consentito ove il meccanismo della finzione non si sostituisca

¹⁶ Può essere interessante segnalare che, con riferimento al diritto romano, la dottrina è giunta alla stessa conclusione: G. GROSSO, *La finzione di adempimento nella condizione*, cit., p. 9.

¹⁷ Ma la stessa inattività è naturalmente imputabile al debitore solo ove si concreti nella violazione di un preciso obbligo, derivante *ex lege* o contrattualmente assunto. In giurisprudenza, Cass., 13 aprile 1985, n. 2464, in *NGCC*, 1985, p. 610 ss., con nota di Belfiore; nonché, da ultimo, Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, 2, 101 secondo la quale: «gli obblighi di correttezza e buona fede, che hanno funzione di salvaguardare l'interesse della controparte alla prestazione dovuta e all'utilità che la stessa assicura, impongono una serie di «comportamenti di contenuto atipico» che assumono la consistenza di standard integrativi di tali principi generali, e sono individuabili mediante un giudizio applicativo di norme elastiche e soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su norme di legge».

tout court al congegno predisposto dalla legge per tutelare uno specifico interesse, ma produca le medesime conseguenze che si sarebbero verificate, senza l'intervento, omissivo o commissivo, del contraente scorretto: ove, ad esempio, la condizione legale consista nel rilascio di una concessione amministrativa e sia stato accertato che, senza il comportamento della parte non interessata all'avveramento, la concessione sarebbe stata rilasciata¹⁸. Il caso in esame è eloquente e amplia certamente l'ambito di tutela previsto dalla norma essendo la materia dei concorsi pubblici cospicua e non scevra da inefficienze, come dimostra la tematica dei vincitori di concorso non assunti dall'amministrazione. Si tratta di un problema che si è ingigantito negli ultimi anni. Si pensi, ad esempio, al cosiddetto Concorso di Roma capitale, che a diversi anni dall'approvazione delle graduatorie, vede ancora oltre un migliaio di vincitori non assunti. Dunque, il diritto all'assunzione, una volta sorto come posizione giuridica soggettiva perfetta, è stato reso immune dagli effetti della dinamica evolutiva della normativa di settore che, con l'entrata in vigore della l.r. n. 25/2008, ha posto un divieto imperativo alle Amministrazioni regionali di procedere ad assunzioni di nuovo personale sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, ma ha fatto salve le assunzioni ricollegabili a concorsi già espletati le cui graduatorie siano state approvate in via definitiva alla data di entrata in vigore della legge regionale n. 25/2008¹⁹. Invero, secondo il ragionamento svolto dal giudice d'appello non «appare riconducibile a causa di giustificazione del ritardo il fatto di avere dovuto resistere a plurimi contenziosi giudiziari ed amministrativi intentati da altri candidati aventi titolo alla stessa procedura concorsuale, non risultando chiarita l'eziologia delle controversie ed il rapporto di interferenza rispetto alle ragioni ed alla posizione delle odierne ricorrenti». L'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, che esclude la responsabilità per inadempimento, non si identifica con una semplice difficoltà di adempiere, come nel caso di specie. Al fine di vincere la presunzione di colpa, il debitore deve fornire gli elementi idonei a dimostrare, oltre che il dato obiettivo della sopravvenuta impossibilità della prestazione, l'assenza di colpa, ossia di avere fatto tutto il possibile per adempiere l'obbligazione. La generica prova della sua diligenza non può essere sufficiente a dimostrare l'assenza di colpa in relazione all'inadempimento, atteso che la prova della mancanza di colpa esige la dimostrazione o dello specifico impedimento che ha reso impossibile la prestazione, o quanto meno che, qualunque ne sia stata la causa, questa non può essere imputabile al debitore²⁰.

Quanto, infine, alla contestata estensione alla posizione di una delle ricorrenti degli effetti retroattivi della graduatoria definitiva, siccome derivata dal giudicato favorevole del T.A.R. Sicilia (n. 1927/2009) ottenuto dall'altra candidata, la corte d'appello ha giustamente rilevato che tale considerazione, poggiante sulla efficacia limitata alle sole parti in causa dell'inadempimento amministrativo, omette di considerare gli effetti attrattivi del giudicato intervenuto sulla legittimità di un atto di natura collettiva, tale da investire ogni soggetto da quello pregiudicato. Invero, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, i suddetti effetti attrattivi si verificano allorché si è in presenza a) di un giudicato che abbia annullato un provvedimento amministrativo, dunque sia favorevole all'originario ricorrente; b) la legittimazione dei terzi estranei deve inerire al solo profilo cassatorio del giudicato; c) il giudicato deve incidere su un atto indivisibile che, oltre ad essere caratterizzato da una pluralità di destinatari, abbia un contenuto inscindibile sicché non possa essere scisso in distinte ed autonome determinazioni, ovvero su un atto collettivo, che, parimenti, non possa essere ritenuto, all'esito del giudicato di annullamento, esistente per taluni o inesistente per altri²¹. Sul presupposto che sussistesse un diritto negletto all'immissione in ruolo fin dall'1 dicembre 2008 e che, colpevolmente, la p.a. non vi abbia adempiuto la corte ha, altresì, accolto la domanda risarcitoria delle ricorrenti, coltivata con il gravame incidentale. È il caso in proposito di ricordare l'indirizzo sviluppatosi nella S.C. secondo cui il datore di lavoro, che ritardi ingiustificatamente l'assunzione del lavoratore, è tenuto a risarcire il danno che questi ha subito durante tutto il periodo in cui si è protratta l'inadempimento datoriale, a far data dalla domanda di assunzione. Tale pregiudizio deve essere determinato, senza necessità di una specifica prova da parte del lavoratore, sulla base del complesso retributivo che il richiedente avrebbe potuto conseguire, ove tempestivamente assunto, salvo che il datore di lavoro adempia all'onere, interamente gravante su di lui, di provare che, nelle more, il lavoratore abbia avuto altra attività lavorativa²². Inoltre, nel caso in esame, le ricorrenti ebbero ad inviare puntuali atti di diffida e costituzione in mora tali da integrare l'offerta volta a mettere a disposizione le proprie energie lavorative e riversare in tal modo sulla parte datrice di lavoro le conseguenze patrimoniali della *mora accipiendi* (art. 1207 c.c.). In conformità ai principi generali in materia di responsabilità contrattuale è stato, pertanto, riconosciuto alle ricorrenti il danno commisurato al pregiudizio economico integrale subito a causa della ritardata assunzione, corrispondente, dal lato

¹⁸ È l'ipotesi prospettata da Cass., 27 febbraio 1998, n. 2168, in *Contratti*, 1998, p. 553.

¹⁹ Cfr. art. 42, co. 2, l.r. n. 11/2010 cit.

²⁰ Cfr. Cass., 30 ottobre 1986, n. 6404, Cass., 18 novembre 1991, n. 12346, Cass., 16 febbraio 1994, n. 1550 e Cass., 19 agosto

1996, n. 7604 in G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile annotato con giurisprudenza*, Padova, 1996.

²¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249.

²² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2008, n. 7858; Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 1988, n. 2465.

del lucro cessante, alle retribuzioni non percepite nel periodo, cui vanno sommati i contributi pensionistici non versati e la quota di TFR oggetto del mancato accantonamento²³.

²³ Sul punto, si evidenzia che, di recente, anche la corte d'appello di Roma, IV Coll., Lavoro e Previdenza, Casablanca Presidente, in una sentenza resa all'udienza del 31 ottobre 2016 n. 5154 si è espressa a favore del riconoscimento di un danno patrimoniale per coloro che avendo superato un concorso pubblico non sono, però, mai stati assunti. La corte d'appello romana ha accolto le doglianze del ricorrente, sancendo che l'assunzione deve avvenire non oltre il centoventesimo giorno dall'approvazione della graduatoria. Conseguentemente, in un caso simile a quello finora analizzato, la p.a. è stata condannata ad assumere la ricorrente/vincitrice del concorso, con decorrenza giuridica ed economica, a partire dal 121° giorno dall'approvazione della graduatoria. In buona sostanza, è stato riconosciuto alla ricorrente il diritto alla ricostruzione totale della carriera lavorativa, come se fosse stata assunta centoventi giorni dopo l'approvazione della graduatoria. Invero, in assenza di specifiche indicazioni contenute nella graduatoria, la decorrenza giuridica ed economica dell'inquadramento può essere fissata, a parere dei giudici romani, «tenendo conto dei tempi tecnici amministrativi, ed in analogia con il termine per adempiere per le PP.AA. fissato in vari settori pubblici (ad esempio in materia previdenziale), dal 121° giorno dalla data di approvazione della graduatoria».

Antonella D'Errico
Avvocato

Procedura penale

La lista Falciani tra inutilizzabilità della documentazione, obblighi di fedeltà del dipendente verso l'istituto datore di lavoro e tutela della riservatezza dei dati bancari.

abstract

This article analyses the question about the usability in fiscal system of the so called "Falciani list". After describing the reference framework, reflection is focused on the use of illegal evidence in criminal law and tax system, in which the public needs of tax evasion are prevalent.

keywords

Tax evasion – Illegal evidence in criminal law – Illegal evidence in tax system – Falciani list.

abstract

L'articolo in esame analizza la questione relativa all'utilizzabilità in sede tributaria dei dati contenuti nella c.d. "lista Falciani". Dopo aver descritto il quadro normativo di riferimento, la riflessione si incentra sull'utilizzo della prova di fonte illecita all'interno del processo penale e del sistema tributario, ove prevalenti si rivelano le esigenze pubbliche di contrasto e accertamento dell'evasione fiscale.

parole chiave

Utilizzabilità della prova di fonte illecita – Contrasto e accertamento dell'evasione fiscale – Lista Falciani.

La tematica relativa all'utilizzabilità giudiziaria della c.d. "lista Falciani" è strettamente connessa alla possibilità che la stessa possa assurgere a prova legittimamente valutabile ancorché costituisca il frutto di un'attività criminosa.

Al riguardo giova, innanzitutto, evidenziare la cornice normativa di riferimento all'interno della quale si colloca l'attività dell'interprete, il quale – in ossequio ai principi dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata – è tenuto a bilanciare gli opposti valori della tutela della riservatezza dei dati riferibili all'attività economica del singolo e della corretta gestione delle risorse finanziarie appartenenti alla collettività di riferimento.

L'art. 191 c.p.p. prevede espressamente che: «Le

prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». Tale regola, che sancisce la non utilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite, cioè ammesse o assunte in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, è posta a tutela della corretta formazione del materiale probatorio rilevante ai fini processuali: ciò che è colpito da questa sanzione deve essere ignorato. Essa ha una chiara matrice garantista che si riflette nella reazione negativa che l'ordinamento ricollega al fenomeno *de quo*.

La chiave di lettura della disposizione è fornita dall'inciso «divieti stabiliti dalla legge»: soltanto la presenza di un divieto espresso rende operante la sanzione predetta. Tuttavia, la giurisprudenza, recentemente, ha ampliato il campo di azione della sanzione, ritenendo inutilizzabili anche le prove assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo¹.

Ciò in quanto il principio del giusto processo, costituzionalmente presidiato all'art. 111, non può tollerare acquisizioni del materiale probatorio effettuate *contra legem*, in spregio ai valori fondamentali della persona umana.

Nello stesso senso si colloca l'art. 240 c.p.p., che

¹ In tal senso è stata ritenuta inutilizzabile una individuazione fotografica operata dalla p.g. senza l'assistenza di un interprete, da parte di un soggetto che non comprende la lingua italiana (Cass., sez. III, 26.2.2002, Dedda ed altro, in Mass. Uff., 221490). Ciò perché non è necessario che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia, potendo rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali (Cass., sez. un., 21.6.2000, Tammaro, in *Gdir*, 2000, 31, 73; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in CP, 2000, 27, 58; Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in RIDPP, 2000, 729; Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in GP, 1997, III, 245; Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic, in CP, 2001, 2434; Cass., sez. II, 23 gennaio 1997, Cucinotta, in Mass. Uff., 207130) e perfino nei trattati internazionali (Uff. indagini preliminari Roma 14 febbraio 2000, in CP, 2000, 3455). In particolare, è stata ritenuta inutilizzabile dalle Sezioni unite la registrazione operata da un agente infiltrato con un indagato, pur non essendo riconducibile ad un espresso divieto, perché raccolta in violazione delle garanzie previste dalla legge (Cass., sez. un., 28.5.2003, Torcasio, CP, 2004, 21). Parimenti deve considerarsi inutilizzabile la testimonianza sul contenuto di una prova inutilizzabile resa dall'agente che ha partecipato alla sua raccolta (Cass., sez. VI, 12 ottobre 1998, Aliu, CP, 2000, 481).

prevede: «I documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato. Il pubblico ministero dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti. Allo stesso modo provvede per i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. Di essi è vietato effettuare copia in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento ed il loro contenuto non può essere utilizzato. Il pubblico ministero, acquisiti i documenti, i supporti e gli atti di cui al comma 2, entro quarantotto ore, chiede al giudice per le indagini preliminari di disporre la distruzione (...)».

Ratio della disciplina si rinviene nella impossibilità di attivare una pur minima forma di contraddittorio in caso di documenti anonimi il cui contenuto si risolve in dichiarazioni. Quanto ai documenti illegalmente formati o acquisiti, il legislatore prevede la immediata distruzione dei risultati delle intercettazioni e degli altri documenti, quale nuova sanzione a carattere "preventivo".

Analogamente, l'art. 3 d.l. 22 settembre 2006, n. 259, recante Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 281/2006, dispone che: «Chiunque consapevolmente detiene gli atti, i supporti o i documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell'articolo 240 del codice di procedura penale è punito con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni. Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni se il fatto di cui al comma 1 è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio».

Il quadro normativo testé sinteticamente tracciato evidenzia come la *voluntas legis* sia nel senso di limitare la sanzione della inutilizzabilità e della distruzione del materiale probatorio illegalmente formato o acquisito soltanto nei casi previamente individuati dal legislatore ovvero contrastanti con i valori fondamentali del giusto processo regolato dalla legge.

Ne discende che documenti diversi e ulteriori rispetto a quelli oggetto del procedimento penale, ancorché di identico contenuto, esulano dalla disciplina legislativa prevista dagli artt. 191, 240 c.p.p. e 3 d.l. 259/2006 e devono considerarsi, pertanto, pienamente legittimi.

Ed è proprio in quest'ultima direzione che va ricondotta la questione relativa alla utilizzabilità giudiziaria di documenti estratti dalla c.d. "Lista Falciani".

In argomento recenti pronunce della Corte di Cassazione hanno, infatti, statuito che: «L'Amministrazione finanziaria, nella sua attività di accertamento della evasione fiscale può – in linea di principio – avvalersi

di qualsiasi elemento con valore indiziario, con esclusione di quelli la cui inutilizzabilità discenda da una disposizione di legge o dal fatto di essere stati acquisiti dalla Amministrazione in violazione di un diritto del contribuente. Sono perciò utilizzabili, nel contraddittorio con il contribuente, i dati bancari acquisiti dal dipendente infedele di un istituto bancario, senza che assuma rilievo l'eventuale reato commesso dal dipendente stesso e la violazione del diritto alla riservatezza dei dati bancari (che non gode di tutela nei confronti del fisco). Spetterà quindi al giudice di merito, in caso di contestazioni fiscali mosse al contribuente, valutare se i dati in questione siano attendibili, anche attraverso il riscontro con le difese del contribuente»².

Le statuizioni della Corte di Cassazione si basano sull'assunto secondo il quale esiste una netta differenziazione fra processo penale e processo tributario, secondo un principio, sancito non soltanto dalle disposizioni sui reati tributari (d.l. 10 luglio 1982, n. 429, art. 12, successivamente confermato dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 20), ma altresì desumibile dalle disposizioni generali dettate dagli artt. 2 e 654 c.p.p., ed espressamente previsto dall'art. 220 disp. att. c.p.p., che impone l'obbligo del rispetto delle disposizioni del codice di procedura penale, quando nel corso di attività ispettive emergano indizi di reato, ma soltanto ai fini della "applicazione della legge penale" (Cass. nn. 22984, 22985 e 22986 del 2010; Cass. n. 13121/2012).

Ciò significa che non qualsiasi irrivalenza nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta *ex se* la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi, ovviamente, i casi in cui viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale (quali l'inviolabilità della libertà personale, del domicilio, ecc.).

Tale prospettiva si collega al principio per cui nell'ordinamento tributario non si rinviene una disposizione analoga a quella contenuta all'art. 191 c.p.p., secondo cui «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate».

Né può assumere rilevanza alcuna la valorizzazione del rispetto del dovere di segretezza del dipendente, pubblico o privato, coinvolto nell'attività di raccolta e gestione delle informazioni relative alla situazione economica del privato/contribuente ovvero, specularmente, del diritto alla riservatezza di quest'ultimo circa i dati bancari relativi all'attività di contrasto e accertamento dell'evasione fiscale.

Con riguardo al primo profilo, è sufficiente evidenziare come lo stesso legislatore preveda che: «Non è considerata violazione del segreto d'ufficio la comuni-

² Cass. civ., sez. VI - 5, ord., 28 aprile 2015, n. 8605. In senso conforme, Cass. civ., sez. V, sent., 19 agosto 2015, n. 16950 e 16951 e, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, sent. 01 settembre 2016, n. 17503.

cazione da parte dell'Amministrazione finanziaria alle autorità competenti degli altri Stati membri delle informazioni atte a permettere il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio» (art. 31-bis, comma 6, d.P.R. 600/1973, recante Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi).

L'amministrazione finanziaria provvede, dunque, legittimamente allo scambio, con le altre autorità competenti degli Stati membri dell'Unione Europea, delle informazioni necessarie per assicurare il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio.

Il dato normativo appena ricordato esclude con certezza profili di illiceità nel comportamento delle autorità fiscali che contribuiscono all'acquisizione della documentazione posta a base della pretesa fiscale relativa all'accertamento della maggiore ripresa fiscale.

In questa direzione, del resto, milita anche il d.lgs. n. 196 del 2003, art. 47, comma 2, Codice in materia di protezione dei dati personali³.

Quanto al secondo profilo, i canoni generali dell'interpretazione costituzionalmente orientata e del bilanciamento tra contrapposti valori meritevoli di tutela consentono di inferire la necessaria prevalenza dei doveri di solidarietà contributiva rispetto alla tutela della riservatezza, entrambi attributi irrinunciabili della persona umana *ex art. 2 Cost.*

I valori collegati al diritto alla riservatezza e al dovere di riserbo sui dati bancari sono sicuramente recessivi di fronte a quelli riferibili al dovere inderogabile imposto ad ogni contribuente dall'art. 53 Cost.

Del resto, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come «alla riservatezza cui le banche sono tenute nei confronti delle operazioni dei propri clienti non si può applicare il paradigma di garanzia proprio dei diritti di libertà personale, poiché alla base del segreto bancario non ci sono valori della persona umana da tutelare: ci sono, più semplicemente, istituzioni economiche e interessi patrimoniali, ai quali, secondo la giurisprudenza costante di questa Corte, quel paradigma non è applicabile»⁴.

Tanto premesso, può affermarsi – sebbene la questione di cui ci occupa non sia investigata con ampiezza di contenuti – che soltanto le copie estratte dai documenti acquisiti in sede penale, e già eventualmente distrutti o soggetti a distruzione, soggiacciono al divie-

to di cui all'art. 240 c.p.p.; restano esclusi, e sono pertanto pienamente legittimi e utilizzabili, i documenti ulteriori, pervenuti all'Amministrazione finanziaria indipendentemente dal procedimento penale, mediante canali amministrativi di cooperazione internazionale.

Tali documenti non possono, infatti, essere considerati illeciti “gemmazione” delle copie estratte dagli atti del procedimento penale in quanto indirizzati e portati a conoscenza dell'Amministrazione parallelamente e indipendentemente dal predetto procedimento penale, attraverso percorsi differenziati quali rogatorie amministrative internazionali ovvero canali di collaborazione informativa internazionale previsti da direttive o convenzioni europee.

Recentemente sulla questione è intervenuto il Tribunale di Avellino, che ha pronunciato ordinanza di archiviazione *ex artt. 408-409 c.p.p.* nei confronti di tre dipendenti pubblici, funzionari dell'Agenzia delle Entrate, relativamente alla condotta del reato di cui all'art. 3 legge n. 281/2006⁵.

Il denunciante-querelante aveva proposto formale opposizione alla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero competente, sul presupposto che tutti documenti – sia riguardanti il procedimento penale sia riguardanti il procedimento tributario – contenenti informazioni sui suoi trasferimenti illeciti e sulla detenzione di attività economiche e finanziarie all'estero, in paesi aventi regimi fiscali privilegiati, dovessero essere distrutti.

Tali documenti, contenuti nella c.d. “lista Falciani”, erano stati acquisiti dalle autorità francesi e inoltrati alla Guardia di Finanza italiana, che li aveva a sua volta trasmessi al p.m. e all'Agenzia delle Entrate per gli opportuni adempimenti di rispettiva competenza.

Tuttavia, mentre il procedimento penale era stato archiviato per inutilizzabilità dei predetti documenti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 240, comma 2, c.p.p., con ordine di distruzione da parte del giudice, l'Agenzia delle Entrate aveva posto i documenti suddetti alla base della contestazione di una serie di condotte di evasione fiscale nei confronti del querelante, conclusesi in un procedimento tributario innanzi alle CTP e CTR competenti per territorio.

Quest'ultimo, quindi, sosteneva che l'ordine di distruzione *ex art. 240, comma 2, c.p.p.*, dovesse estendersi non solo ai documenti prodotti all'interno del procedimento penale, ma anche alle ulteriori copie detenute presso le segreterie delle CTP e CTR innanzi alle quali pendeva il giudizio tributario.

Ebbene, il giudice per le indagini preliminari, attestandosi sulle conclusioni del p.m. e del difensore dei funzionari pubblici, ha rigettato l'istanza, evidenziando che i documenti di cui si chiedeva la distruzione non erano le copie estratte dai documenti acquisiti in

³ «Agli effetti del presente codice si intendono effettuati per ragioni di giustizia i trattamenti di dati personali direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie, o che, in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, hanno una diretta incidenza sulla funzione giurisdizionale, nonché le attività ispettive su uffici giudiziari. Le medesime ragioni di giustizia non ricorrono per l'ordinaria attività amministrativo-gestionale di personale, mezzi o strutture, quando non è pregiudicata la segretezza di atti direttamente connessi alla predetta trattazione».

⁴ Corte Costituzionale, sentt. nn. 55 del 1968 e 22 del 1971.

⁵ Si tratta dell'ordinanza emessa dal Gip del Tribunale di Avellino depositata in cancelleria in data 2 marzo 2017, nel procedimento recante R.G. n. 3394/2014.

sede penale – e già fatti oggetto di distruzione – ma “documenti ulteriori” pervenuti alla Guardia di Finanza indipendentemente dal procedimento penale, mediante canali amministrativi di cooperazione internazionale.

Quest’ultima circostanza palesava la totale infondatezza della richiesta del querelante: gli estratti della c.d. “lista Falciani” prodotti dall’Agenzia delle Entrate nei giudizi tributari, e detenuti presso le Commissioni regionali e provinciali adite, non potevano essere considerati gli stessi documenti di cui era stata ordinata la distruzione *ex art. 240*, comma 2, c.p.p., a nulla valendo la circostanza che si trattasse di documenti di identico contenuto.

La condotta penalmente rilevante di cui all’art. 3 d.l. 259/2006, come modificato dalla legge 281/2006, punisce la detenzione di atti, supporti o documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell’articolo 240 del codice di procedura penale, e non anche di ulteriori documenti, non acquisiti agli atti del procedimento penale, ma aventi il medesimo contenuto. La norma incrimina, infatti, la violazione dell’ordine di distruzione del G.I.P., che evidentemente ha ad oggetto i soli documenti presenti agli atti del procedimento penale, mentre la detenzione di documenti di contenuto identico, ma formati in modo del tutto autonomo, non integrando violazione dell’ordine di distruzione del G.I.P., deve ritenersi penalmente irrilevante⁶.

Dall’ordinanza di archiviazione emerge una lettura delle disposizioni processual-penalistiche aderente alle recenti statuizioni della Corte di Cassazione, nonché al fondamentale principio di autonomia del processo penale rispetto a quello tributario e/o civile, e sicuramente in linea con le esigenze espresse dalla Direttiva del Consiglio 19/12/1977, n. 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri in materia di imposte dirette e di imposte sui premi assicurativi.

Nei “considerando” della predetta direttiva si legge, infatti, *ex multis*, che «la pratica della frode e dell’evasione fiscale al di là dei confini degli Stati membri conduce a perdite di bilancio e all’inosservanza del principio della giustizia fiscale e può provocare distorsioni dei movimenti di capitali e delle condizioni di concorrenza, pregiudicando quindi il funzionamento del mercato comune»; «occorre quindi rafforzare la collaborazione fra amministrazioni fiscali all’interno della Comunità in conformità a principi e regole comuni»; e pertanto «è opportuno garantire che le informazioni trasmesse nell’ambito di detta collaborazione non siano divulgate a persone non autorizzate in modo che siano rispettati i diritti fondamentali dei cittadini e delle imprese; che è pertanto necessario, salvo autorizzazione dello Stato membro che le fornisce, che gli Stati membri che ricevono tali informazioni le

utilizzino soltanto a fini fiscali o per sostenere le azioni giudiziarie contro chi non osservi la legislazione fiscale di detti Stati; che inoltre è necessario che tali Stati attribuiscono alle informazioni di cui sopra lo stesso carattere confidenziale che esse avevano nello Stato da cui provengono, se quest’ultimo lo richiede».

Ne consegue che il reato di cui all’art. 3 d.l. 259/2006 non può ritenersi configurato, né sotto il profilo oggettivo, né sotto quello soggettivo, non estrinsecandosi il comportamento dei funzionari dell’Agenzia delle Entrate in condotte *contra legem*, anzi, essendo le stesse aderenti ai principi di diritto interno e sovranazionale.

⁶ P. 3 dell’ordinanza di archiviazione citata.

Diritto processuale amministrativo

Sulla "temporalizzazione" della detenzione dei documenti amministrativi ostensibili dopo la conclusione del procedimento

abstract

Upon balance of involved interests, Public administration can discipline a time limit of storing documents that can be showed, upon application, by Public Authority, on condition that all the people concerned are informed about these instructions and the time limit is based on a certain date.

keywords

Right of access (l. 241/1990) – Administrative documents storing – Storing time limits.

abstract

Previo bilanciamento degli interessi coinvolti, l'Amministrazione può disciplinare il tempo massimo di detenzione dei documenti ostensibili, a condizione che di tali disposizioni siano informati gli interessati e che la decorrenza del tempo massimo sia ancorata a data certa.

parole chiave

Diritto di accesso (l. 241/1990) – Detenzione dei documenti amministrativi – Limiti temporali.

Il *focus* trae origine da una recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 1332/2017, sez. IV) che si è pronunciato sulla possibilità, per la Pubblica Amministrazione, di stabilire un limite massimo temporale oltre il quale disfarsi dei documenti amministrativi potenzialmente ostensibili ai sensi della vigente normativa sul procedimento amministrativo.

Prima di analizzare la interessante pronuncia in materia, che presenta risvolti pratici di non poco momento, sembra necessaria una breve panoramica giuridica sull'istituto dell'accesso agli atti e ai documenti della Pubblica Amministrazione.

Il diritto di accesso si pone nell'alveo del più ampio istituto della partecipazione al procedimento amministrativo da parte del cittadino, tematica che incarna il principio democratico permeante la Carta Costituzionale e si riflette nell'ordinamento italiano.

Una partecipazione che se, da un lato, era stata

immaginata negli anni Novanta come "un'azione popolare" ovvero uno strumento a disposizione della collettività la quale, animata finalmente da una presa di coscienza ed esausta di un'Amministrazione pachidermica e farraginoso, fosse ormai in grado di intervenire, vigilare, fino a collaborare con essa; dall'altro, veniva già efficacemente descritta da Mario Nigro come "un sentiero fiorito che girovaga in un territorio pieno di mine"¹.

Com'è noto, antecedentemente all'emanazione della legge sul procedimento amministrativo², il *modus operandi* dei pubblici poteri italiani nell'*iter* formativo del provvedimento, che si caratterizzava per un amministrare a "porte chiuse" e nel totale disprezzo dei meccanismi partecipativi, costringeva il destinatario finale dell'atto ad uno *status* di inconsapevolezza quantomeno fino al momento della notifica dello stesso.

Tale prassi ha cominciato a scontrarsi con l'avanzare del lento ma deciso processo di democratizzazione dell'azione amministrativa che ha spalancato al *civis* le porte del processo amministrativo, fino poi a doversi arrendere di fronte all'affermazione di un generale diritto alla partecipazione sancito dalla legge n. 241 del 1990.

La legge sul procedimento amministrativo ha dunque stravolto il precedente assetto, prevedendo la possibilità per i cittadini di interagire con la P.A. durante l'*iter* formativo del provvedimento finale e contemplando vari momenti partecipativi in cui il privato fosse in grado di far sentire la propria voce e vantare le proprie pretese.

Il capo III della legge n. 241, intitolato "Partecipazione al procedimento amministrativo" (artt. 7-13) contempla l'ampio istituto della partecipazione disciplinando l'intervento degli interessati nel procedimento e la possibilità degli stessi di orientare la direzione del provvedimento finale in fase non contenziosa.

Seguendo il dettato normativo, la partecipazione al procedimento amministrativo si realizza attraverso una serie di istituti: la comunicazione di avvio del procedimento (art. 7), il diritto di partecipare o intervenire

¹ NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p. 226.

² L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Gazz. Uff.* 18 agosto 1990, n. 192 e ss.mm.ii.

nel procedimento presentando memorie e documenti (artt. 9 e 10), il diritto di accesso agli atti del procedimento (art. 22 e ss.), il c.d. preavviso di rigetto con riferimento ai procedimenti su istanza di parte (art. 10-*bis*) e gli accordi con i privati (art. 11) per la determinazione del contenuto del provvedimento (accordi integrativi) ovvero in sostituzione dello stesso (accordi sostitutivi).

Con precipuo riguardo all'accesso agli atti e ai documenti della Pubblica Amministrazione³, l'ordinamento italiano contempla due tipi: l'accesso partecipativo o endoprocedimentale, previsto dall'art. 10 della legge generale sul procedimento e l'accesso informativo o esoprocedimentale ai sensi dell'art. 22 della stessa normativa.

Il primo, esercitabile all'interno del procedimento, è previsto dall'art. 10 della legge generale sul procedimento in favore dei soggetti enumerati dall'art. 7 in virtù della loro posizione particolarmente qualificata. Ha natura di diritto soggettivo ed ha ad oggetto gli atti ed i documenti della P.A. non coperti dal segreto di Stato. Se tramite l'inserimento di nuovi interessi all'interno del procedimento è funzionale ad assicurare la partecipazione del privato antecedentemente all'adozione del provvedimento finale, tale tipo di accesso svolge l'ulteriore funzione di favorire l'imparzialità dell'attività amministrativa.

Quando invece l'accesso vanta una propria autonomia dal procedimento, si avrà il c.d. accesso informativo o esoprocedimentale disciplinato nel capo V (intitolato "Accesso ai documenti amministrativi", artt. 22-28) della legge n. 241/1990 agli artt. 22 e ss. Riconosciuto per salvaguardare posizioni giuridicamente rilevanti preesistenti, quali "diritti soggettivi" ed "interessi legittimi", ottempera alle esigenze di tutela del cittadino ed allo stesso tempo a finalità di interesse generale, come palesato dalla originaria formulazione dell'art. 22 della l. 241, che riconosceva il diritto di accesso al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa⁴.

Non necessariamente preordinato alla conoscenza dei documenti amministrativi in via strumentale rispetto alla partecipazione, viene esercitato a procedi-

mento concluso mediante richiesta motivata da parte di chi vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti con il fine di assicurare la trasparenza e lo svolgimento imparziale dell'attività amministrativa. Il carattere di autonomia di tale tipo di accesso sorge, inoltre, rispetto all'azione che il soggetto potrebbe esperire davanti ad un giudice per contestare l'*iter* amministrativo: tant'è vero che la richiesta di accesso non sospende i termini per agire, come sarebbe stato logico se si fosse trattato di un diritto strumentale all'azione giurisdizionale.

Tanto brevemente premesso, con la sentenza in esame (1332/2017, sez. IV) il Supremo Consesso amministrativo ha affermato che la Pubblica Amministrazione, in esplicazione di un potere discrezionale e previo bilanciamento degli interessi coinvolti - senza, dunque, minimamente ledere la posizione di terzi - possa stabilire un limite temporale per detenere i documenti amministrativi ostensibili, al quale segua la distruzione di tali atti/documenti amministrativi per esigenze organizzative, purché si tratti di un termine certo e conoscibile dai soggetti interessati.

I Giudici di seconde cure sono addivenuti a tale conclusione attraverso un *iter* logico-motivazionale che vale la pena ripercorrere, partendo dalla vicenda fattuale sottesa alla pronuncia *de qua*.

Con il gravame sfociato nel provvedimento in esame il Supremo Consesso riformava la sentenza del Tar capitolino (n. 9875/2016, sez. I-*bis*) con la quale il Collegio, accogliendo il ricorso presentato da un dipendente del Ministero della difesa, ordinava a quest'ultimo di esibire i documenti richiesti dal primo e negati dalla P.a. precedente in quanto "indisponibili".

A meri fini chiarificatori, occorre specificare che il ricorrente in primo grado aveva partecipato, nel dicembre 2015, ad una prova di certificazione del livello di conoscenza della lingua albanese. Questi ne aveva appreso l'esito - in prima battuta - mediante lo "specchio di presa visione", l'ultimo giorno della stessa prova (in data 11 dicembre 2015); successivamente, in seconda battuta, tramite comunicazione mediante trasmissione al Nucleo investigativo di appartenenza del riepilogo dei risultati conseguiti dai partecipanti (in data 15 gennaio 2016).

Ritenendo che l'operato della P.a. precedente avesse leso la propria posizione soggettiva, il concorrente in data 20/22 gennaio 2016 - dunque poco più di un mese dopo dall'aver appreso i risultati della prova (mediante "specchio di presa visione") - presentava istanza di accesso agli atti del procedimento.

Tale istanza veniva solo parzialmente accolta. E invero, l'Amministrazione consentiva al concorrente l'accesso per la richiesta di accertamento linguistico e per la lettera di convocazione alla prova dello stesso (rispettivamente ai punti *sub a*) e *b*) della richiesta di accesso) e, contestualmente, inviava al richiedente lo

³ Per un'ampia panoramica in materia vedasi: FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo fra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza a cura di B. Cavallo*, Torino, 2000, 105; SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento: Università di Trento, 2002; TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi*, Commento alla legge n. 241/1990 e al d.P.R. n. 184 del 2006, Padova, 2007.

⁴ La natura "bifronte" del diritto *de quo*, legato a situazioni individuali, ma funzionale anche alla cura di interessi pubblici, è stata attenuata ad opera della legge n. 15 del 2005, che nel ridisegnare l'istituto ha elevato l'accesso a principio fondamentale dell'ordinamento. Cfr: FRANCESCA, *Evoluzione e tutela del diritto di accessori documenti amministrativi*, pubblicato il 24 marzo 2011 in www.diritto.it.

schema riepilogativo dei risultati firmato all'esito del concorso, il cd. "specchio di presa visione" (punto e) della richiesta).

Quanto alle altre richieste avanzate (punti *sub c*) e *d*) dell'istanza), concernenti rispettivamente i moduli di risposta multipla compilati da tutti i partecipanti con i relativi correttori, l'Amministrazione comunicava al richiedente che non era più possibile concedere la documentazione richiesta.

Ciò poiché la stessa era stata trattenuta agli atti dall'Amministrazione per un periodo (massimo) di 30 giorni, decorrente dalla data di notifica dei risultati ai candidati - ovvero dalla data della presa visione dello schema riepilogativo da parte dei candidati (11 dicembre 2015) - secondo quanto stabilito dalla direttiva amministrativa interna del 2015 (punto 2, lett. *f*) in materia di accesso); direttiva che i candidati erano stati puntualmente invitati a visionare e prenderne conoscenza con lettera di convocazione.

Siffatta direttiva, infatti, distingueva la notificazione ai fini dell'accesso agli atti (punto 2, lett. *f*), secondo periodo) dalla comunicazione del risultato da parte dell'Autorità Certificatrice alle Autorità competenti per gli adempimenti di competenza (punto 2, lett. *f*), primo periodo).

Pertanto l'Amministrazione, nel darvi applicazione, faceva decorrere il termine di 30 giorni del trattamento, prima della distruzione dei documenti stessi, dalla data della presa visione dello schema riepilogativo (11 dicembre 2015), ovvero dalla data della notificazione.

Il Tar capitolino, con la sentenza richiamata (n. 9875/2016), dopo aver esposto i principi generali in materia di diritto di accesso ed aver escluso il carattere meramente esplorativo dell'istanza di accesso (concernendo, la stessa, atti determinati), riconosceva l'esistenza - nella specie - delle esigenze di difesa in riferimento alla procedura "selettiva" cui il richiedente aveva partecipato.

Appurata dunque, anche l'insussistenza dei profili di riservatezza a tutela di terzi soggetti e dei casi di esclusione cui all'art. 24 della l. n. 241 del 1990⁵, il

⁵ L'art. 24 (Esclusione dal diritto di accesso) recita, testualmente: «1. Il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi. 2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma

Collegio giudicante addiveniva all'accoglimento del ricorso ritenendo prevalente l'obbligo dell'Amministrazione di detenere i documenti a garanzia del diritto di accesso riconosciuto dalla legge come posizione strumentale alla partecipazione procedimentale e all'imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Con particolare riguardo alla tesi dell'Amministrazione di far decorrere il suddetto termine di trenta giorni dalla presa visione dei risultati della prova e non dalla successiva comunicazione, i Giudici di prime cure disattendevano siffatta interpretazione, rilevando che il *dies a quo* dovesse coincidere con la notificazione del documento dopo l'approvazione ufficiale da parte del Comando al partecipante (15 gennaio 2016). Ciò in quanto, con le parole del Tar, «(...) quella dell'11 dicembre 2015 sarebbe stata una mera comunicazione senza la consegna di alcun documento, mentre la conoscenza legale dello stesso si sarebbe dovuta riferire alla notificazione del documento dopo l'approvazione ufficiale da parte del Comando».

1. 3. Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni. 4. L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento. 5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso. 6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi: a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione; b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria; c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini; d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono; e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato. 7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

Alla luce di tanto – non ritenendo opponibili al cittadino le circostanze addotte a giustificazione da parte dell'Amministrazione – il Tar accoglieva il ricorso e ordinava a quest'ultima di esibire i documenti richiesti dal concorrente ed illegittimamente negati dalla P.a.

L'Amministrazione soccombente impugnava la sentenza del Tar muovendo diverse censure.

Con il secondo motivo di gravame, che vale la pena esaminare, il Ministero appellante sconfessava la tesi centrale della sentenza del Tar capitolino per la quale la P.a. non avrebbe potuto e dovuto frustrare il diritto di accesso del partecipante tramite direttive interne e per esigenze organizzative, atteso l'obbligo di legge di detenere i documenti per l'Amministrazione cui il procedimento sia riconducibile.

A tal fine, la difesa erariale poneva in relazione l'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo, che dispone un generale obbligo per la P.a. di detenere i documenti, con l'art. 2 del d.P.R. n. 184/2006⁶ (c.d. regolamento in materia di accesso) il quale – nel disciplinare «(...) le modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi in conformità a quanto stabilito nel capo V della l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni» (art.1) – prevede che il diritto di accesso di cui al richiamato art. 22 sia esercitabile quando i documenti siano materialmente esistenti al momento della richiesta⁷. Dal combinato disposto delle due norme l'Amministrazione faceva discendere, dunque, l'osservazione per la quale nessuna richiesta di accesso possa essere avanzata quando i documenti siano materialmente indisponibili al momento della richiesta stessa.

⁶ Decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n.184 (in Gazz. Uff., 18 maggio, n. 114) - Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, emanato in attuazione dell'art. 23 della legge n. 15/2005. L'art. 2 della normativa recita: «Art. 2. Ambito di applicazione. 1. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso. 2. Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera e), della legge, nei confronti dell'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso.»

⁷ Sul punto occorre osservare che la necessità che l'atto o il documento cui si intende accedere deve trovarsi nella disponibilità (*latu sensu*: considerati anche gli effetti della c.d. dematerializzazione degli atti e dell'attività della p.a. le cui basi sono poste dal Codice dell'Amministrazione digitale) materiale del soggetto cui è rivolta l'istanza di accesso, visione ed estrazione copia, senza che tale detenzione sia solo occasionale ovvero temporanea (Cfr. DEL DOTTO, *Accesso agli atti e stabile detenzione dei documenti amministrativi*, Consiglio di Stato, sez. V, decisione 10 gennaio 2007 n° 55, in *Altalex*, 19 marzo 2007).

Questo, appunto, il caso di specie. Ciò in quanto, ad avviso della difesa erariale:

- attesa la legittimità della direttiva interna (legittimità che non veniva in dubbio da parte del Collegio di prime cure) per la valutazione e certificazione delle conoscenze linguistiche, che nel disciplinare il diritto di accesso rispetto alla documentazione inerente i candidati ne regolamentava la conservazione per un tempo determinato e la comunicazione dei risultati;
- e atteso il decorso del termine ivi stabilito;
- i documenti richiesti dal partecipante al tempo dell'istanza non erano già più materialmente disponibili, in quanto distrutti dopo il periodo di detenzione degli stessi decorrente dalla presa visione dei risultati da parte dei concorrenti.

Se a ben vedere il Collegio di prime cure non affermava l'inammissibilità per l'Amministrazione di stabilire un termine per tenere a disposizione i documenti, limitandosi a contestare esclusivamente la decorrenza del *dies a quo* (che sarebbe comunque dovuto decorrere dalla notificazione dei risultati approvati e non dalla presa visione, con la conseguenza che in tal caso l'istanza di accesso sarebbe intervenuta tempestivamente e l'Amministrazione non avrebbe potuto negare l'accesso per mancanza di disponibilità dei documenti), sul punto il Ministero appellante osservava acutamente che:

- l'atto contenente lo schema delle valutazioni in punteggi per ciascuno degli esaminati era stato comunicato ai Comandi di corpo per conoscenza senza la previsione della specifica consegna al destinatario;
- la notificazione doveva necessariamente essere ricondotta all'avvenuta presa visione, posto che già da quel momento i partecipanti potevano essere destinatari di interpello per impieghi specifici dove rileva la conoscenza della lingua;
- in ogni caso, tutti i candidati avevano avuto la possibilità della piena conoscenza dei propri diritti, essendo stati puntualmente informati delle procedure al momento della convocazione, mediante invito alla lettura dei relativi documenti.

Con la pronuncia in esame il Supremo Consesso amministrativo ha accolto tali censure.

In particolare, i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato come, se è vero che il diritto di accesso costituisce il precipitato del generale principio di trasparenza e che per evitarne la frustrazione il legislatore ha imposto l'obbligo all'Amministrazione cui i documenti richiesti ineriscono per via delle proprie competenze di detenere i documenti (o di costituire la detenzione della relativa documentazione o, comunque, di svolgere ogni azione idonea a reperirla, salva la motivata esplicitazione dell'impossibilità di utilmente provvedere), è pur sempre vero che tale diritto debba necessariamente essere temperato con le esigenze di buon

andamento ed efficienza della stessa azione amministrativa.

Pertanto, in ragione di tale contemperamento è configurabile – ad avviso del Collegio giudicante – il potere dell'Amministrazione che si concreta nel disciplinare il tempo massimo di detenzione dei documenti a condizione che di tali disposizioni siano informati gli interessati e che la decorrenza del tempo massimo sia ancorata a data certa.

Il Collegio ha preso le mosse proprio dal dato letterale dell'art. 2, co. 2, del suddetto regolamento in materia di accesso del 2006 a mente del quale «(...) Il diritto di accesso si esercita con riferimento ai documenti amministrativi materialmente esistenti al momento della richiesta e detenuti alla stessa data da una pubblica amministrazione...».

Tale disposizione regolamentare trova la propria base legislativa nella previsione di cui all'art. 22, co. 6, della l. n. 241 del 1990, la quale stabilisce che «il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere». È facile osservare, dunque, come sia la stessa legge a prevedere astrattamente un termine all'obbligo di detenere i documenti.

Così pure, ad avviso del Supremo Consesso, diversi elementi inducono a ritenere la sostenibilità dell'interpretazione della norma che, al di là del dato letterale, consente la distruzione del documento trascorso un determinato lasso temporale. Trattasi di un'esigenza viva in quanto, nonostante il progredire delle potenzialità tecnologiche, non è certamente immaginabile una generale conservazione tendente all'infinito di ogni documento amministrativo⁸.

Tale esigenza si andrebbe a collocare nel solco di quell'efficientamento dell'utilizzo delle risorse materiali ed umane che l'Amministrazione ha a disposizione il quale – ad avviso del Collegio – «non è cosa diversa dall'interesse generale alla celerità dell'azione amministrativa, comune al privato e all'amministrazione, atteso che il miglior utilizzo delle prime quantomeno concorre ad assicurare la realizzazione della seconda».

Inoltre, come osservato dai Giudici di Palazzo Spada con un parallelismo, il legislatore non si è dimostrato insensibile a tali tematiche laddove ha previsto:

- il potere di differire l'accesso quando l'immediata ostensione possa turbare il regolare svolgimento dell'azione amministrativa, oppure, quale *extrema ratio*, di rifiutarlo espressamente (fermo restando

che rifiuto, differimento e limitazione devono essere specificamente motivati ai sensi dell'art. 25, co. 3, l. n. 241 del 1990⁹);

- che la pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso (lo stesso art. 2 del regolamento in argomento);
- un termine decadenziale per l'accesso alla tutela

⁹ L'art. 25 della l. 241/1990, rubricato "Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi" reca testualmente: «1. Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura. 2. La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente. 3. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'art. 24 e debbono essere motivati. 4. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 nonché presso l'amministrazione resistente. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa. Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione. 5. Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono disciplinate dal codice del processo amministrativo».

⁸ Sulla stessa scia si pongono le disposizioni del Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004 - Supplemento Ordinario n. 28; art. 21, co. 1 lett. d) in materia di operazioni di scarto dei documenti degli archivi pubblici (nonché degli archivi privati per i quali sia intervenuta la dichiarazione d'interesse di cui all'art. 13 del Codice), che rientrano tra gli obblighi giuridici che sorgono in capo agli Enti pubblici.

giurisdizionale avverso le determinazioni e il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti (art. 116 c.p.a.¹⁰) che pone una limitazione temporale “a valle”, mentre resta completamente libero il termine “a monte” (affidato unicamente alla perdita fattuale dell’interesse per le vicende naturali del corso della vita)¹¹.

Ciò sulla base di esigenze che, ad avviso del Supremo Consesso «(...) possono concorrere a fondare una interpretazione che consenta la delimitazione temporale della disponibilità dei documenti per l’accesso»: interpretazione che non trova alcun ostacolo né di ordine legislativo, né di ordine giurisprudenziale.

E invero, se la locuzione «detene[re] stabilimente» riferita all’obbligo che incombe sulla P.a. contemplato dall’art. 2 del suddetto regolamento in materia di accesso potrebbe apparire *prima facie* fuorviante, il Collegio ha precisato come il carattere della “stabilità” della detenzione (dell’Autorità competente a formare l’atto conclusivo) si contrapponga a quello della “provvisorietà”, riferito alle altre diverse Amministrazioni che possano essere a vario titolo coinvolte nel corso del procedimento amministrativo.

Né la temporalizzazione della detenzione dei documenti, una volta che il procedimento si sia concluso, potrebbe contrastare con l’esigenza posta dall’art. 24, co. 7, della l. n. 241 del 1990, di garantire comunque l’accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria

per curare o per difendere i propri interessi giuridici. È evidente, infatti, come per assicurare l’effettività della garanzia non vi sia certamente bisogno di una disponibilità a tempo indeterminato, prestandosi ad essere idonea anche la concreta possibilità di accesso per un tempo ragionevolmente determinato.

Infine, una simile interpretazione non potrebbe essere sconfessata neppure dalla giurisprudenza dello stesso Collegio.

Se, infatti, con pronunce anche di forte risonanza¹² il Consesso ha affermato – in passato – l’obbligo di detenzione dei documenti amministrativi per evitare la frustrazione del diritto di accesso mediante il diniego fondato sul mancato possesso degli stessi, l’indisponibilità dei documenti ostensibili era sempre riconducibile all’impossibilità di individuare l’Amministrazione sulla quale ricadesse l’obbligo di detenere i documenti e non anche alla regolazione del tempo di detenzione di questi ultimi (!).

È dunque legittima la regolamentazione temporale della disponibilità dei documenti accessibili da parte della P.a. sulla quale incombe l’obbligo di detenzione. Tuttavia, ond’evitare un’ingiustificata frustrazione del diritto di accesso, è necessario – con le parole del Collegio – «(...) l’ancoraggio del tempo stabilito a termini di decorrenza certi e con la preventiva informazione in ordine agli stessi».

La sussistenza di tali requisiti non poteva essere messa in dubbio nella specie.

E invero, con riguardo al *dies a quo* della decorrenza del termine di detenzione i Giudici di Palazzo Spada hanno sconfessato la tesi del Tar che, nel richiamare le categorie generali del processo (della comunicazione e della notificazione) aveva ritenuto che la presa visione del documento riepilogativo fosse una mera comunicazione priva di effetti, per via della mancata consegna del documento, riconducendo la conoscenza legale per il partecipante alla selezione al momento in cui il documento, dopo l’approvazione ufficiale, era stato trasmesso al Comando di appartenenza.

Il Collegio giudicante, pur affermando che la comunicazione, di norma, serve a rendere succintamente noti fatti, ovvero l’avvenuta emissione di provvedimenti, mentre la notificazione svolge la funzione di portare a conoscenza atti, nella loro integrità, ha contestualizzato al caso concreto tali astratte categorie processualcivilistiche, rilevando che: il documento, dapprima visionato e firmato dal partecipante al concorso e poi inviato, oltre che a diverse articolazioni del Comando Generale, anche al Comando di appartenenza del partecipante, era identico (!); la trasmissione del documento al Comando di appartenenza non si accompagnava con la formale richiesta di consegna all’interessato, sebbene questi avesse firmato “per rice-

¹⁰ L’art. 116 (*Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*) del Codice del processo amministrativo (d.lgs. luglio 2010, n. 104 – *Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, in G.U. n. 156 del 7 luglio 2010) dispone: «1. Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all’inadempimento degli obblighi di trasparenza il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all’amministrazione e ad almeno un controinteressato. Si applica l’articolo 49. Il termine per la proposizione di ricorsi incidentali o motivi aggiunti è di trenta giorni. 2. In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all’amministrazione e agli eventuali controinteressati. L’istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio. 3. L’amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato. 4. Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l’esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità (comma così modificato dall’art. 52, comma 4, lettera d), d.lgs. n. 33 del 2013) 5. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione».

¹¹ Previsione ritenuta compatibile con la posizione soggettiva tutelata – strumentale e funzionale al bene della vita finale che l’istante intende tutelare – anche in nome della esigenza di stabilità e certezza, caratterizzante i rapporti amministrativi (Cons. Stato, Ad. Pl. nn. 6 e 7 del 2006).

¹² *Ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, n. 1312 del 2013; sez. IV, n. 2379 del 2014; sez. VI, n. 3743 del 2015.

vuta”; l’esigenza di informare il Comando Generale e le varie articolazioni dell’Arma, compreso il Comando di corpo, dell’esito dell’accertamento del livello della lingua, si poneva come naturale.

Alla luce di tanto, il Collegio ha concluso per la correttezza dell’*agere* dell’Amministrazione che in applicazione della direttiva interna in materia di accesso aveva fatto decorrere il termine per la conservazione della documentazione dalla notificazione, coincidente con la conoscenza dello schema riepilogativo - schema destinato a non subire più variazioni, ma solo ad essere firmato dal responsabile dell’avvenuto accertamento - mediante la presa visione dello stesso.

Con riguardo, poi, alla certezza del termine e alla preventiva informazione dei soggetti interessati, il Collegio ha rilevato come tutti i candidati fossero stati invitati a prendere conoscenza della direttiva che disciplinava lo svolgimento dell’accertamento linguistico, ivi compresi i termini in cui gli atti sarebbero stati a disposizione per l’accesso, al momento della convocazione.

Alla luce di tanto il Supremo Consesso ha accolto il ricorso riformando la sentenza del Tar.

La sentenza appare pienamente condivisibile in quanto, intervenendo su un delicato aspetto della tematica del diritto di accesso, non si limita ad applicare in maniera rigida i concetti processualcivilistici di comunicazione e notificazione ma ne adatta le astratte categorie alla fattispecie concreta, auspicandone un’applicazione di volta in volta attagliata alla peculiarità del caso e ponendosi nel solco dell’esigenza di efficientamento dell’utilizzo delle risorse materiali ed umane che l’Amministrazione ha a disposizione a tutela dei generali principi di celerità dell’azione amministrativa e di economicità.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

NOVITÀ
LEGISLATIVE

LA RIFORMA DEI PROCESSI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE E PROTEZIONE INTERNAZIONALE 410
di Federico Lume

I FURBETTI DEL CARTELLINO PARTE SECONDA: IL DECRETO MADIA “CORRETTIVO”
SUL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NEL PUBBLICO IMPIEGO 423
di Matilde Pezzullo



Federico Lume
Consigliere di Corte d'Appello

La riforma dei processi in materia di immigrazione e protezione internazionale

abstract

D.l. 13/2017 reforms immigration trials and especially the trial of recognition of international protection, constituting specialized chambers in the courts.

The purpose is to shorten the duration of these trials and to arrive at a rapid settlement about the legal status of the asylum seekers.

Reform concerns administrative proceedings, procedure laws and the legal system.

The author examines the new rules in relation to the precedent ones and their compliance with the principles of due process of law e public trial.

keywords

Immigration – International protection – Specialized chambers – Due process of law – Public trial.

abstract

Il d.l. 13/2017 riforma i processi in materia di immigrazione e in particolare il processo di riconoscimento della protezione internazionale, costituendo delle sezioni specializzate presso i tribunali.

La finalità è quella di abbreviare la durata di tali processi e pervenire ad una rapida definizione della condizione giuridica dei richiedenti asilo.

La riforma impatta la materia amministrativa, quella ordinamentale e quella processuale.

L'autore esamina le nuove disposizioni in rapporto alle precedenti e la conformità delle nuove regole ai principi del giusto processo.

parole chiave

Immigrazione – Protezione internazionale – Sezioni specializzate – Giusto processo – Processo pubblico.

sommario

1. Il decreto legge 17.2.2017 n. 13 e la legge di conversione 13.4.2017 n. 46. – **2.** La protezione internazionale: nozioni e fonti normative. – **3.** Il procedimento amministrativo e la tutela giurisdizionale. – **4.** Le modifiche al procedimento davanti alla Commissione territoriale. – **5.** Le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea. – **6.** Le modifiche processuali ai giudizi in tema di protezione internazionale. – **6.1.** La tutela giurisdizionale in materia di decisioni di trasferimento adottate dall'Unità Dublino. – **7.** Le modifiche processuali agli altri giudizi in tema di immigrazione, cittadinanza, apolidia. – **8.** Le norme in tema di espulsioni. – **9.** Le disposizioni transitorie.

1. Il decreto legge 17.2.2017 n. 13 e la legge di conversione 13.4.2017 n. 46

Il legislatore, con intervento di urgenza, d.l. 17.2.2017 n. 13, ha introdotto nuove “disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale”.

La necessità dell'intervento normativo nasce, in primo luogo, dall'aumento esponenziale delle richieste di protezione internazionale e dei conseguenti ricorsi giurisdizionali con connesso allungamento dei tempi per la definitiva decisione sullo stato dei richiedenti asilo; alla finalità di accelerare l'iter procedimentale e processuale si accompagnano poi le esigenze di introdurre misure idonee all'identificazione dei cittadini stranieri, di potenziare i centri di accoglienza e di ga-

rantire l'effettività dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione e allontanamento.

I dati di fatto evidenziati dalla relazione di accompagnamento riguardano l'enorme aumento del numero delle richieste di protezione internazionale e delle relative impugnazioni; basti pensare che nel 2013 le domande di protezione erano state 26.620, nel 2014 erano divenute 63.456 (con un aumento del 134 per cento), nel 2015 poi 83.970 (con un aumento rispetto all'anno precedente del 32.33 per cento), nel 2016 infine ben 123.600 (con un ulteriore aumento del 47,20 per cento). A ciò aveva fatto seguito un aumento delle impugnazioni: per esempio nel Tribunale di Milano i ricorsi erano aumentati dai 591 del 2013 ai 1674 del 2015 e nell'anno 2014 erano iscritti in numero di circa 400 al mese; presso il Tribunale di Napoli il numero dei procedimenti iscritti fino a settembre 2015 era di 1291 a fronte degli 816 complessivi dell'anno precedente.

Probabilmente il fenomeno era stato oggetto di una scarsa attenzione in passato e ciò per plurime ragioni; in primo luogo la stessa limitazione dei tribunali competenti non aveva consentito di acquisire una sua piena e diffusa consapevolezza; inoltre fino a poco tempo fa non esisteva neanche una conoscenza effettiva del numero dei processi di protezione pendenti e trattati dai giudici italiani. La ragione è banale: l'assenza di un codice statistico, di competenza ministeriale, che consentisse di individuare *a priori* tali processi rispetto – ad esempio – a quelli di servitù, o di condominio, o di proprietà industriale, etc. e, di conseguenza, consentisse di conoscere momento per momento, numero, durata, esito di ciascun processo di protezione (il nuovo codice oggetto Sicid 110032 è stato infatti introdotto dal Ministero della Giustizia solo dal 1 gennaio 2016).

L'intervento normativo in esame è abbastanza complesso; esso non riguarda solo il tema della protezione internazionale ma anche altri aspetti della normativa in tema di immigrazione; inoltre non concerne solo l'aspetto processuale ma anche quello ordinamentale e organizzativo; infine il testo dell'originario decreto legge è stato, su alcuni punti, profondamente modificato in sede di conversione dalla legge 13.4.2017 n. 46 recante, appunto, la "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale".

La legge di conversione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 18.4.2017.

Le linee fondamentali dell'intervento sono le seguenti.

Da un punto di vista amministrativo, il legislatore ha previsto che il colloquio del richiedente con la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale sia videoregistrato oltre che

trascritto; la videoregistrazione è, come vedremo, funzionale a evitare la ripetizione dell'intervista in tribunale.

Da un punto di vista ordinamentale, il legislatore ha inteso attribuire la materia della protezione internazionale (e tutte le altre competenze del tribunale ordinario civile in materia di immigrazione e condizione dello straniero) a delle nuove sezioni specializzate, ricalcando lo schema già utilizzato per la sezione specializzata in materia di impresa e previsto per la (istituenda) sezione specializzata in materia di famiglia. Inoltre ha stabilizzato l'istituto dell'applicazione extradistrettuale di cui alla l. 132/2015 prevedendo che il C.S.M. possa predisporre un piano straordinario di applicazioni per far fronte all'incremento del numero dei procedimenti di protezione internazionale anche in deroga alle norme di ordinamento giudiziario¹.

Il legislatore ha previsto poi l'assunzione, da parte del Ministero dell'interno e tramite concorso, di un contingente di personale a tempo indeterminato altamente qualificato, da destinare alla Commissione Nazionale per il diritto di asilo e alle Commissioni territoriali nonché, da parte del Ministero della Giustizia, di un contingente di personale con funzione pedagogica, di servizio sociale e di mediazione culturale, soprattutto per far fronte alle esigenze dei minori non accompagnati; ha altresì previsto un incremento delle rete diplomatica e consolare nel continente africano; si tratta di una serie di misure che, soprattutto la prima, appaiono funzionali a potenziare il ruolo della Commissione territoriale e che probabilmente fanno da contraltare all'indubbia riduzione di garanzie giurisdizionali che il nuovo sistema processuale ha determinato.

Da un punto di vista processuale, infatti, le misure sono state molto significative e per certi aspetti addirittura dirompenti, con un ritorno al rito camerale, questa volta però a cognizione collegiale e senza udienza obbligatoria, e soprattutto con l'abolizione dell'appello.

Numerose altre misure sono accomunate dalla finalità di accelerare le procedure di identificazione e

¹ L'art. 18-ter l. 132/2015 ha avuto immediata attuazione da parte del Consiglio, il quale, sin dalla delibera del 23 settembre 2015, ha avviato il piano straordinario di applicazioni extradistrettuali, diretto a fronteggiare l'incremento del numero di procedimenti giurisdizionali connessi con le richieste di accesso al regime di protezione internazionale e umanitaria da parte dei migranti presenti sul territorio nazionale. Piano di applicazione che ha trovato completa esecuzione con i provvedimenti riguardanti i singoli magistrati, che hanno consentito finora l'applicazione di 18 giudici destinati a far fronte alle emergenze in sede civile e penale connesse ai flussi migratori, tenendo conto del peculiare sistema della ripartizione territoriale della competenza in materia e dell'aumento esponenziale delle procedure impugnatorie sottoposte al vaglio dell'autorità giurisdizionale. Il Consiglio ha disposto la destinazione quasi esclusiva dei magistrati applicati in via straordinaria al settore civile – e non penale – proprio per facilitare la trattazione delle procedure di protezione internazionale.

per rafforzare il contrasto all'immigrazione illegale e al traffico di migranti; in particolare con la creazione dei punti di crisi per le esigenze di soccorso e prima assistenza, la sostituzione dei centri di identificazione ed espulsione (di cui all'art. 14 d.lgs. 286/1998) con i "centri di permanenza per i rimpatri", da ampliare in termini numerici e in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale.

Infine si segnala l'introduzione di una sorta di norma quadro (l'art. 22-*bis*) che prevede che i prefetti promuovano, d'intesa con le Regioni e i Comuni, ogni iniziativa utile all'implementazione dell'impiego dei richiedenti protezione internazionale, su base volontaria, in attività di utilità sociale in favore delle collettività locali, nel quadro delle disposizioni normative vigenti.

Ciò premesso, al fine di meglio descrivere le innovazioni introdotte, appare necessario descrivere brevemente l'assetto attuale della cd. protezione internazionale, la cui riforma appare il fulcro dell'intervento in esame.

2. La protezione internazionale: nozioni e fonti normative

Numerose sono le fonti internazionali in materia; lo *status* di rifugiato trova un suo primo fondamento nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28.7.1951, ratificata con l. 24.7.1954, n. 722, come modificata dal Protocollo aggiuntivo del 31.1.1967 relativo allo statuto dei rifugiati, ratificato con la l. 14.2.1970, n. 95; l'art. 78, par. 1, TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), poi, così recita: «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra [...], e agli altri trattati pertinenti». Com'è noto anche la Costituzione italiana garantisce il diritto di asilo. L'art. 10 co. 3 della Costituzione, infatti, così recita: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

La materia inerente al riconoscimento della protezione internazionale è in concreto disciplinata, nel diritto interno, da alcuni decreti attuativi di direttive comunitarie, in particolare il d.lgs. 19.11.2007 n. 251 (cd. decreto qualifiche, con il quale è stata attuata la direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione ai cittadini di Paesi terzi ed apolidi della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta) e il d.lgs. 28.1.2008 n. 25 (cd. decreto procedure, che ha attua-

to la direttiva 2005/85/CE), i quali, in linea di prima approssimazione, dettano, il primo, le disposizioni sostanziali e, il secondo, quelle procedurali e processuali in materia.

In particolare l'art. 2 co. 1 lett. e) e f) del d.lgs. n. 251/2007 prevede diverse forme di protezione internazionale.

Tale decreto definisce "rifugiato" il cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese, oppure se apolide che si trovi fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni su citate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, ferme le cause di esclusione di cui all'art. 10.

Ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, inoltre, gli artt. 7 e 8 del menzionato decreto legislativo contengono la definizione di atti di persecuzione e dei motivi della persecuzione. In particolare, gli atti di persecuzione devono – alternativamente – essere: a) sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali; b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a).

Gli atti di persecuzione di cui al co. 1 possono, tra l'altro, assumere la forma di: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti che rientrano nelle clausole di esclusione di cui all'art. 10 co. 2; f) atti specificamente diretti contro n genere sessuale o contro l'infanzia.

I motivi di persecuzione sono individuati con riferimento alle seguenti ipotesi: a) razza, riferita in particolare a considerazioni inerenti al colore della pelle, alla discendenza o all'appartenenza ad un determinato gruppo etnico; b) religione, che include le convinzioni teiste e ateiste, la partecipazione a, o l'astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fondate su un credo religioso o da esso prescritte; c) nazionalità, non riferita esclusivamente alla cittadinanza, all'assenza di cittadinanza, ma designa in

particolare l'appartenenza ad un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro stato; d) particolare gruppo sociale, ed è quello costituito da membri che condividono una caratteristica innata o una storia comune, che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, ovvero quello che possiede un'identità distinta nel Paese di origine, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante. In funzione della situazione nel Paese di origine, un particolare gruppo sociale può essere individuato in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana; e) opinione politica, riferita in particolare alla professione di un'opinione, un pensiero o una convinzione su una questione inerente ai potenziali persecutori di cui all'art. 5 e alle loro politiche od ai loro metodi, indipendentemente dal fatto che il richiedente abbia tradotto tale opinione, pensiero o convinzione in atti concreti.

Il permesso di soggiorno per riconoscimento dello status di rifugiato ha durata di cinque anni.

L'art. 2 co. 1 lett. g) e h) del d.lgs. n. 251/2007, conformemente a quanto previsto anche dall'art. 2 co. 1 lett. f) e g) del d.lgs. n. 25/2008, definisce "persona ammissibile alla protezione sussidiaria" il cittadino straniero il quale non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, o nel caso di apolide se ritornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito dal presente decreto e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole, avvalersi della protezione di detto Paese; lo "status di protezione sussidiaria" è il riconoscimento da parte dello Stato di uno straniero quale persona ammissibile a detta protezione.

Il "danno grave" viene individuato dall'art. 14 del citato decreto legislativo nella: a) condanna a morte o esecuzione della pena di morte; b) tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

L'art. 5 del d.lgs. n. 251/2007, altresì, identifica come responsabili della persecuzione o del danno grave lo Stato, i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio o ancora i soggetti non statuali, se i responsabili di cui alle lettere a) e b), comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire prote-

zione, ai sensi dell'art. 6 co. 2, contro persecuzioni o danni gravi.

Il permesso di soggiorno per riconoscimento dello status di protezione sussidiaria ha durata di tre anni.

La terza forma di protezione è data dal diritto alla protezione umanitaria, concretizzantesi nel permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5 comma 6 del d.lgs. 286/1998, di durata annuale.

Anche tale controversia rientra infatti nella giurisdizione del Giudice ordinario, sia nel caso in cui si tratti di impugnazione del diniego di permesso di soggiorno del Questore (Cass. SS.UU. 19.5.2009 n. 11535) sia nel caso in cui si tratti di controversia sulla domanda di accertamento della protezione internazionale e in subordine del diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari (Cass. SS.UU. 9.9.2009 n. 19393), come nel caso di specie.

Trattasi in ogni caso di controversia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero ha natura di diritto soggettivo, che va annoverato tra i diritti umani fondamentali che godono della protezione apprestata dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato esclusivamente al legislatore.

L'art. 5 co. 6 del d.lgs. 286/1998, che appunto disciplina l'ipotesi della sussistenza di esigenze di protezione umanitaria, prevede che «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano».

L'uso della disgiuntiva evidenzia come i motivi di carattere umanitario non debbano trovare fondamento in obblighi specifici previsti dalla Costituzione o da fonti internazionali, potendo trovarlo invece anche nella clausola generale dell'art. 2 della Costituzione; si tratta insomma di una clausola di salvaguardia del sistema volta a consentire che sia data tutela anche a situazioni non rientranti in alcuna delle disposizioni citate.

La disposizione normativa non enuncia in via esemplificativa quali debbano essere considerati i seri motivi; pertanto è suscettibile di ampia interpretazione, e possono esservi ricondotte situazioni soggettive come i bisogni di protezione a causa di particolari condizioni di vulnerabilità dei soggetti, quali per esem-

pio motivi di salute o di età, ma anche oggettive (cioè relative al paese di provenienza) e quindi una grave instabilità politica, episodi di violenza o insufficiente rispetto dei diritti umani, carestie, disastri naturali o ambientali o altre situazioni similari.

3. Il procedimento amministrativo e la tutela giurisdizionale

Il d.lgs. 25/2008, cd. decreto procedure, regola i procedimenti amministrativi e giurisdizionali per il riconoscimento della protezione internazionale.

Il richiedente vede la domanda esaminata preliminarmente da un organo amministrativo, la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale (prevista dall'art. 4 del d.lgs. 25/2008), presieduta da un vice prefetto e composta da un funzionario del Ministero dell'Interno, da un rappresentante delle autonomie locali e da uno dell'UNHCR.

La decisione viene assunta a seguito di intervista del richiedente (svolta con l'ausilio di un interprete) e di acquisizione di documentazione da parte del medesimo nonché di informazioni sul paese di origine (le cd. COI, *country of origin information*); in genere la valutazione della domanda postula un primo vaglio, relativo alla credibilità del richiedente, cui segue, in caso di esito positivo, l'esame della verosimiglianza dei motivi dedotti a fondamento della fuga e della loro riconducibilità a una delle varie ragioni di riconoscimento di forme di protezione.

Contro la decisione della Commissione territoriale è ammessa tutela giurisdizionale davanti al tribunale ordinario.

Il giudizio introdotto dalla domanda di protezione internazionale ha natura di giudizio sulla sussistenza dello status e non sulla legittimità o meno dell'atto impugnato.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti confermato che «il giudizio introdotto dal ricorso dell'interessato avverso il rigetto dell'istanza di protezione internazionale da parte dell'apposita Commissione, non ha ad oggetto il provvedimento amministrativo, bensì il diritto soggettivo dell'istante alla protezione invocata. E infatti la legge (d.lgs. n. 25 del 2008, art. 35, co. 10 cit.) stabilisce che la sentenza del tribunale può contenere, alternativamente, il rigetto del ricorso ovvero il riconoscimento dello status di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria, e non anche il puro e semplice annullamento del provvedimento della Commissione» (cfr. Cass. 9.12.2011 n. 26480). Conseguentemente esso non può concludersi con il mero annullamento del diniego in sede amministrativa della protezione stessa, ma deve pervenire alla decisione sulla spettanza o meno del diritto.

Ne deriva che l'eventuale nullità del provvedimento amministrativo, emesso dalla Commissione territoriale, per esempio, per irregolarità dell'audizione o per omessa traduzione in una lingua conosciuta dall'inte-

ressato o in una delle lingue veicolari o comunque per altri vizi formali, non esonera il giudice adito dall'obbligo di esaminare il merito della domanda.

Le forme di tale tutela giurisdizionale sono state oggetto, nel tempo, di diversi interventi normativi; in origine, infatti, l'art. 35 del d.lgs. 25/2008 prevedeva che il tribunale, in composizione monocratica, decidesse con sentenza, all'esito di un procedimento in camera in consiglio, sentite le parti e assunti tutti i necessari mezzi di prova. Il d.lgs. 1.9.2011 n. 150 (recante la cd. semplificazione dei riti) aveva quasi integralmente abrogato l'art. 35 e rinviato, per la disciplina processuale, al proprio art. 19, il quale prevedeva l'applicazione del procedimento sommario di cognizione ex art. 702-*bis* c.p.c., mantenendo la cognizione monocratica e regolando più compiutamente la fase istruttoria, precisando in particolare che il giudice potesse procedere anche d'ufficio agli atti di istruzione necessari per la definizione della controversia, con ciò recependo un fondamentale assunto della Suprema Corte (Cass. SS.UU. 17.11.2008 n. 27310); la Cassazione aveva infatti evidenziato le profonde divergenze di tale materia rispetto alle regole generali del processo civile: il giudice, attraverso i propri poteri ufficiosi, potrà e dovrà cooperare nell'accertamento delle condizioni che legittimano l'accoglimento del ricorso, acquisendo anche d'ufficio le informazioni necessarie a conoscere l'ordinamento giuridico e la situazione del paese di origine.

Nel giudizio di protezione, sostanzialmente, vige il principio attenuato dell'onere della prova nel processo civile, dal momento che i riscontri esterni alle dichiarazioni di ciascun migrante richiedente asilo devono essere ricercati dal giudice del procedimento. Il che implica un lavoro individuale del giudice che ad oggi risulta privo dei supporti operanti in altri ordinamenti interessati al fenomeno (quali UK, Netherland, D.B.R., Canada, Australia, etc.), e dunque estremamente oneroso, tale da incidere sul numero di decisioni che possono essere pronunciate in materia. In materia di migranti, ogni singolo caso, proveniente dalle aree geopolitiche sensibili, comporta infatti un'analisi delle dichiarazioni del richiedente, di per sé di regola prive di riscontri probatori di sorta, e la ricerca, per ciascun caso, dei riscontri esterni sulle aree di provenienza, intese non genericamente come Stato di provenienza, ma di area geografica specifica; sulle condizioni sociopolitiche di essa; sul quadro istituzionale di diritto e di fatto sul terreno; sui rischi specifici per lo specifico richiedente asilo. Tutto ciò sulla base delle ricerche autonome ed officiose svolte da ogni singolo giudice, in totale solitudine, anche con il compito di valutare la veridicità di documenti provenienti da autorità estere.

Il procedimento sommario di cognizione non poteva essere mutato però in un processo ordinario di cognizione (cd. procedimenti di cognizione sommaria obbligati).

In entrambi i sistemi la decisione del tribunale (prima adottata con sentenza e poi, dopo il d.lgs. 150/2011, con ordinanza) è sempre stata appellabile e la decisione della corte di appello ricorribile per cassazione.

Infine occorre evidenziare l'esistenza di un articolato criterio di competenza territoriale; ed infatti, in primo grado, competente ai sensi dell'originario art. 35 era il tribunale avente sede nel capoluogo del distretto dove aveva sede la Commissione territoriale che aveva emesso il provvedimento impugnato; con la precisazione che, ai sensi dell'art. 4 co. 2 del medesimo decreto, il numero e la sede delle Commissioni erano determinate dal Ministero dell'interno con proprio decreto. Nei casi di accoglienza o trattenimento disposti ai sensi degli artt. 20 e 21, il ricorso era invece da proporre al tribunale avente sede nel capoluogo di distretto di corte d'appello in cui aveva sede il centro.

Poiché le originarie commissioni territoriali erano poche ed avevano una competenza molto ampia, ne nasceva una competenza pluridistrettuale: il tribunale di Napoli per esempio, per un lungo periodo, ha avuto competenza per tutti i richiedenti residenti in Campania, Molise, Abruzzo, Marche.

Il criterio di competenza era stato confermato dall'art. 19 d.lgs. 150/2011.

Infine, occorre segnalare due aspetti pratici molto rilevanti nel contenzioso in esame; in primo luogo, il ricorso giurisdizionale, nella stragrande maggioranza dei casi e salve alcune eccezioni (tra cui sostanzialmente il caso di rigetto della domanda per manifesta infondatezza), sospende automaticamente l'efficacia esecutiva del provvedimento di rigetto della domanda emesso dalla Commissione; pertanto il richiedente ha diritto al rilascio di un permesso di soggiorno per tutta la pendenza del giudizio e non può essere espulso; nei limitati casi in cui non opera la sospensiva in modo automatico, il giudice può, su istanza, sospendere il decreto per la presenza di gravi motivi. In secondo luogo, tutti i richiedenti asilo ricorrenti contro i provvedimenti della Commissione sono, nella gran parte dei tribunali italiani, ammessi al patrocinio a spese dello Stato.

4. Le modifiche al procedimento davanti alla Commissione territoriale

Il co. 6 del d.l., nel modificare il d.lgs. 25/2008, reca delle modifiche anche al procedimento amministrativo davanti alla Commissione territoriale.

In primo luogo, in funzione acceleratoria, essa prevede che le notificazioni degli atti dei provvedimenti del procedimento siano effettuate nell'ultimo domicilio comunicato dal richiedente ai sensi del co. 2 e dell'art. 5 co. 1 d.lgs. 142/2015 ovvero presso il centro o la struttura presso cui è accolto, in quest'ultimo caso, normalmente per posta elettronica certificata; a tal fine peraltro il nuovo co. 3-*septies* dell'art. 11 d.lgs.

25/2008 prevede che, nello svolgimento delle operazioni di notificazione il responsabile del centro o della struttura è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto di legge.

Ma la novità più rilevante è data dall'integrale sostituzione dell'art. 14 del d.lgs. 25/2008 che, ora, nella nuova formulazione prevede la video registrazione del colloquio con il richiedente, davanti alla Commissione territoriale (colloquio che, come visto, assume un ruolo fondamentale nell'ambito del procedimento in questione, quale principale mezzo di prova); lo stesso è altresì trascritto, con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale

In sede di conversione è stata introdotta (co. 6-*bis*) la possibilità da parte del richiedente di formulare, al colloquio, un'istanza motivata di non avvalersi del supporto della videoregistrazione. Sull'istanza decide la Commissione territoriale con provvedimento non impugnabile.

Oltre alla videoregistrazione, il colloquio viene trascritto e di tale trascrizione viene data lettura alla parte e all'interprete; viene precisato che in calce al verbale si deve dare atto di tutte le osservazioni del richiedente e dell'interprete che non siano state recepite a correzione del testo della trascrizione.

Si tratta di attività fondamentali ai fini poi di una compiuta cognizione da parte del giudice; infatti, in caso di ricorso, il file è messo a disposizione del tribunale, come descritto poi nel paragrafo che segue.

Il file contenente la video registrazione e il verbale della trascrizione sono conservati per almeno tre anni in un apposito archivio informatico del Ministero dell'Interno mentre la Commissione territoriale è chiamata a adottare misure idonee a garantire la riservatezza dei dati.

È evidente che tale adempimento impone alla Commissione territoriale uno sforzo organizzativo ulteriore oltre che la predisposizione degli strumenti materiali adeguati.

5. Le sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea

La scelta fondamentale del legislatore è stata quella di istituire (art. 1), presso i tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le corti d'appello, sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea (con la fondamentale precisazione che non debbano esservi nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica né incrementi di dotazioni organiche).

Viene quindi scelto il modulo ordinamentale della sezione specializzata, già adottato o proposto, come visto, in recenti altre occasioni; si tratta di un modulo ordinamentale alquanto rigido in quanto, secondo l'opinione prevalente, i rapporti tra la sezione specializzata e il tribunale presso il quale essa opera sono considerati

in termini di vera e propria competenza e non come mera distribuzione interna degli affari (vedi Cass. ord. 21.5.2015 n. 10508, in riferimento alla sezione specializzata agraria, e Cass. ord. 24.7.2015 n. 15619, in riferimento alla sezione in materia di impresa).

L'originaria previsione del d.l. recava l'istituzione di 14 sezioni presso altrettanti tribunali ordinari, sezioni che avrebbero quindi avuto una competenza pluridistrettuale; la scelta finale è invece stata nel senso di prevedere una sezione presso ogni tribunale del luogo dove ha sede la corte di appello; la scelta, ragionevole per garantire un più facile accesso alla tutela giurisdizionale, appare però poco adeguata a garantire un'effettiva specializzazione, almeno presso i tribunali aventi una più ridotta pianta organica, dove inevitabilmente i giudici assegnati a tale materia dovranno trattarne anche (numerose) altre.

L'art. 2 regola la composizione delle nuove sezioni, cui dovranno essere assegnati magistrati dotati di specifiche competenze, che preferibilmente abbiano già trattato detta materia per almeno due anni o abbiano partecipato ai corsi di formazione ad essa relativi, e che preferibilmente abbiano conoscenza della lingua inglese o francese.

È poi previsto che la Scuola superiore della magistratura, in collaborazione con l'ufficio europeo di sostegno per l'asilo, istituito dal regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, e con l'Alto commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati, organizzi corsi di formazione per i magistrati che intendono acquisire una particolare specializzazione in materia nonché che i giudici assegnati a dette sezioni debbano partecipare almeno una volta l'anno a sessioni di formazione professionale. Viene in realtà normativamente ribadita la validità di un percorso già intrapreso dalla stessa Scuola della Magistratura che, dal 2013, in seguito ad un corso di formazione svolto dall'EASO a Malta e destinato ai giudici italiani che si occupavano di asilo, dedica annualmente al tema della protezione internazionale un'iniziativa di formazione in sede centrale.

Il momento formativo in materia è infatti essenziale. L'esercizio del potere officioso del giudice – esulante dallo, anzi opposto allo schema processuale formale – impone una formazione approfondita e permanente del giudice della protezione, che, con la migliore buona volontà, non si può improvvisare. Occorre la conoscenza delle *C.O.I. – Country of Origin Information*; la ricerca di fonti di informazione locale sull'area geopolitica; la valutazione critica dei risultati, derivante dai controlli incrociati; la conoscenza degli informatori internazionali distinti per area continentale; la valutazione dell'inaffidabilità delle singole fonti di informazioni o dell'unica fonte.

A tal fine, peraltro, lo stesso CSM, con delibera del 14.7.2016, aveva deciso di organizzare un seminario dal titolo "Giurisdizione e protezione internazionale",

e invitato la SSM a valutare se promuovere, anche in sede di formazione decentrata, appositi corsi in materia di protezione internazionale con la formula del laboratorio di autoformazione, aperti anche agli avvocati e componenti delle Commissioni territoriali, coinvolgendo anche giudici penali e magistrati onorari.

Alla concreta organizzazione delle sezioni deve provvedere il Consiglio Superiore della Magistratura con apposita delibera da emanare entro 180 giorni dall'entrata in vigore della norma; a tal fine è stabilito che la sezione possa essere costituita anche in deroga alle norme vigenti relative al numero dei giudici (le sezioni infatti devono essere di norma composte da un Presidente e cinque giudici)².

Un problema di rilievo che la normativa sulla composizione delle sezioni sembra porre è quello relativo alla possibilità di (continuare ad) assegnare alla trattazione di tali affari anche i g.o.t., che fino ad oggi hanno costituito un ausilio ineliminabile a fronte dell'aumento delle sopravvenienze.

Sul punto il C.S.M., con delibera del 5.4.2017, ha modificato la circolare sulla formazione delle tabelle prevedendo che i giudici onorari possano anche far parte delle sezioni specializzate; d'altro canto la nuova norma prevede, per i giudici assegnati alla protezione internazionale, esperienze e cognizioni specifiche, titoli preferenziali e obblighi di aggiornamento che non appaiono pienamente ed automaticamente compatibili con lo statuto professionale del magistrato onorario.

L'art. 5 infine prevede, come già per la sezione specializzata in materia di impresa, che le competenze riservate dalla legge al Presidente del tribunale spettano al Presidente delle rispettive sezioni specializzate, ovviamente nella materia ad esse assegnata.

L'art. 3 regola la competenza per materia delle sezioni specializzate concentrando tutte le competenze civili del tribunale in materia di immigrazione e

² Il C.S.M. è già intervenuto in data 15.3.2017 con una risoluzione che reca delle linee guida da proporre agli uffici giudiziari oggi competenti, al fine di favorire la definizione delle procedure di protezione internazionale con una risposta di giustizia di qualità e che anticipa, nei suoi principi, la normativa di dettaglio relativa all'organizzazione delle future sezioni specializzate. In estrema sintesi il Consiglio ha auspicato una specializzazione forte anche se non esclusiva dei magistrati addetti alla materia, ha previsto la possibilità di coassegnazioni anche di magistrati di altre sezioni e di applicazioni endodistrettuali volontarie, al fine di abbattere l'arretrato, ha invitato la Scuola Superiore della Magistratura a predisporre percorsi di formazione per i magistrati competenti nella materia della protezione internazionale, per i magistrati applicati e per quanti intendono concorrere per le future applicazioni, nonché per i Giudici onorari di primo e secondo grado, i tirocinanti assegnati alle sezioni, ai gruppi di lavoro o all'Ufficio del Processo per l'Immigrazione; ha poi deliberato di mettere a disposizione le COI (Country of Origin Information), nell'area «Giustizia e protezione internazionale» del sito consiliare, grazie al protocollo stipulato con il Ministero dell'Interno, per consentire in forma riservata l'accesso da parte dei giudici e dei pubblici ministeri della protezione internazionale.

di condizione dello straniero ma non innovando sul sistema di riparto esistente con i giudici di pace (cui compete la cognizione sulle espulsioni dei cittadini extracomunitari, ex art. 18 d.lgs. 150/2011), da un lato, e con la giustizia amministrativa (cui compete la cognizione in tema di permessi di soggiorno per lavoro o di espulsioni per motivi di ordine e sicurezza pubblici), dall'altro.

Le sezioni specializzate saranno competenti quindi:

- per le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari di cui all'art. 8 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30;
- per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza di cui all'art. 20 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, ovvero per i motivi di cui all'articolo 21 del medesimo decreto legislativo, nonché per i procedimenti di convalida dei provvedimenti previsti dall'art. 20-ter del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30;
- per le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, per i procedimenti per la convalida del provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento del richiedente protezione internazionale, adottati a norma dell'art. 6, co. 5, del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, e dell'art. 10-ter del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come introdotto dal decreto, nonché dell'art. 28 del regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, nonché per la convalida dei provvedimenti di cui all'art. 14, co. 6, del predetto d.lgs. n. 142 del 2015;
- per le controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, co. 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25;
- per le controversie in materia di diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'art. 30, co. 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286;
- per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013;
- per le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana;

- per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con tutte le predette controversie (art. 3 co. 3).

Sotto il profilo della competenza per territorio, la regola generale è che, ove si impugnò un atto, competente territorialmente è la sezione specializzata nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato (art. 4 co. 1, nella formulazione definitiva): sono quindi tutti i casi sopra elencati, con eccezione dei giudizi in tema di apolidia e cittadinanza.

La regola generale trova deroga (art. 4 co. 4) ogni qualvolta si tratti di ricorrenti presenti in una struttura di accoglienza governativa o in una struttura del sistema di protezione di cui all'art. 1-sexies del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, ovvero trattenuti in un centro di cui all'art. 14 del d.l. 25 luglio 1998, n. 286, casi in cui si deve aver riguardo al luogo in cui la struttura o il centro ha sede.

Le controversie in materia di cittadinanza e apolidia sono assegnate secondo il criterio previsto dal co. 1, avendo riguardo al luogo in cui l'attore ha la dimora.

Alcune di tali previsioni sono innovative rispetto all'attuale sistema di competenza territoriale (senza che però vi sia stato alcun intervento sulle piante organiche degli uffici coinvolti).

In particolare, in tema di opposizione al diniego di permesso di soggiorno per coesione familiare, era competente il tribunale del luogo ove il ricorrente aveva residenza; oggi è invece competente il tribunale sede della sezione specializzata del luogo dove ha sede l'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato (art. 4 co. 1 del d.l. 13/2017 e nuovo art. 20 co. 2 del d.lgs. 150/2011); è altresì fortemente innovativa rispetto all'attuale quadro giurisprudenziale la scelta in tema di apolidia, in quanto un orientamento consolidato riteneva sempre competente il Tribunale di Roma, in conseguenza dell'applicabilità, in tale contenzioso, del rito ordinario e della legittimazione passiva del Ministero dell'Interno, circostanze che hanno indotto a ritenere competente il foro del convenuto: vedi Cass. 23.1.2012 n. 903.

Nell'art. 3 sulla competenza è regolata altresì la composizione dell'organo giudicante (monocratico – collegiale).

La nuova disciplina prevede una regola generale (la cognizione monocratica), che è in realtà derogatoria del principio generale di cui all'art. 50-bis co. 1 numero 3 c.p.c. (che prevede che le sezioni specializzate decidano sempre in composizione collegiale).

Tale regola generale trova la sua prima e significativa deroga con riferimento alle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale che sono invece affidate al tribunale in composizione collegiale. In questo caso un componente del collegio è designato dal presidente della sezione specializzata per

la trattazione della controversia e la decisione è rimessa al collegio, salvo il potere di quest'ultimo di decidere di compiere ulteriore attività istruttoria.

La regola della collegialità per tali controversie è stata introdotta in sede di conversione del decreto legge e si spiega probabilmente come un tentativo di bilanciare la soppressione dell'appello.

Appare del tutto singolare che il riparto delle competenze giudice monocratico/collegio, nel nuovo sistema, è, in molti casi, esattamente opposto a quello finora vigente, nel quale, per esempio, le controversie in tema di protezione internazionale sono affidate al giudice monocratico mentre quelle in tema di apolidia e cittadinanza sono a cognizione collegiale.

6. Le modifiche processuali ai giudizi in tema di protezione internazionale

Da un punto di vista sistematico, viene introdotto un nuovo art. 35-*bis* al d.lgs. 25/2008, cui l'art. 35 ora rimanda, e che contiene la disciplina processuale delle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale; i punti salienti della nuova disciplina processuale appaiono essenzialmente quattro: il ritorno al rito camerale, la facoltatività dell'udienza, l'eliminazione del grado di appello, la nuova disciplina della sospensiva dell'efficacia del provvedimento impugnato.

Sono tutte misure funzionali ad una rapida definizione del procedimento ma che prestano il fianco a molti dubbi, sia di tenuta rispetto ai principi generali che di reale efficacia.

Si è già avuto modo di evidenziare come, fino al d.lgs. 150/2011, i processi di protezione internazionale fossero soggetti al rito camerale e successivamente, dopo il decreto di semplificazione dei riti, al procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702-*bis* c.p.c.; il d.l. 13/2017, anche nella sua formulazione definitiva a seguito della legge di conversione, segna un ritorno al passato, disponendo il co. 1 dell'art. 35-*bis* che tali controversie sono «regolate dalle disposizioni di cui agli artt. 737 e seguenti del codice di procedura civile, ove non diversamente disposto dal presente articolo».

Il co. 9 ribadisce che il procedimento sia trattato in camera di consiglio (si è già avuto modo di sottolineare che la cognizione è affidata al collegio, come disposto in sede di conversione, con designazione, per la trattazione, del giudice che poi fungerà da relatore).

Si tratta di una scelta opinabile; da un lato, da tempo, la dottrina ha mosso critiche all'uso del procedimento camerale in tema di tutela di diritti soggettivi; dall'altro, il d.lgs. 150/2011, di semplificazione dei riti, aveva ricondotto al rito ordinario o al rito sommario di cognizione numerose ipotesi, sparse nel sistema, di procedimenti camerati.

In realtà la scelta appare soprattutto funzionale alla previsione del co. 10 che prevede una singolare limita-

zione del principio di oralità del processo, dovendo il giudice fissare udienza per la comparizione delle parti "esclusivamente" in tre casi e cioè quando: a) visionata la videoregistrazione di cui sopra ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero, anche di ufficio, l'assunzione di mezzi di prova. A tali tre casi si aggiungono poi quelli previsti dal co. 11 (nella versione modificata dalla legge di conversione) e cioè: d) quando la videoregistrazione non è disponibile; e) quando l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; f) quando l'impugnazione si fondi su elementi di fatto non dedotti nella fase amministrativa.

Da tali disposizioni emerge che gli unici due casi in cui l'udienza è obbligatoria sono il primo e il terzo del co. 11 (videoregistrazione non disponibile e deduzione di fatti nuovi) mentre in tutti gli altri casi la fissazione dell'udienza è rimessa all'apprezzamento del giudice.

In buona sostanza il giudice è chiamato a decidere non più necessariamente a seguito di intervista del richiedente (che per la verità nella prassi non era ovunque praticata) ma in base alla visione della videoregistrazione del colloquio svolto dallo stesso con la commissione; questa infatti dovrà rendere disponibile la videoregistrazione con le modalità previste dalle specifiche tecniche di cui al co. 16, oltre a trasmettere la domanda di protezione, il verbale della trascrizione della videoregistrazione e l'intera documentazione acquisita, anche relativa al paese di provenienza. A tal fine quindi Ministero dell'interno e della giustizia dovranno, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge, stabilire d'intesa le specifiche tecniche per la trasmissione della videoregistrazione.

I commi 7 e 12 garantiscono infine il contraddittorio scritto.

Si tratta di una scelta dettata dall'esigenza di accelerare la durata del processo ma che probabilmente sconfessa la peculiarità del giudizio in materia, dove l'audizione davanti al giudice rappresenta il momento centrale; il giudice è quindi chiamato a visionare la video registrazione del colloquio con la Commissione territoriale in assenza delle parti o dei loro difensori (e senza l'ausilio di mediatori culturali che possano aiutarlo a comprendere meglio il senso di quanto riferito) per stabilire poi la necessità o meno dell'audizione.

Inoltre sono stati prospettati³ dubbi di legittimità in relazione al principio della pubblicità del giudizio fissato dall'art. 6 CEDU, determinati dalla tendenzia-

³ Il riferimento è al parere reso dalla sottosezione ANM della Corte di Cassazione del 14.2.2016 e all'audizione informale resa dal suo Presidente, Antonello Cosentino, all'ufficio di presidenza delle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato il 7.3.2017, disponibile su www.questionegiustizia.it.

le esclusioni del contatto diretto tra il ricorrente ed il giudice nell'intero arco del giudizio; infatti Cass. 10.1.2017 n. 395 ha precisato che il principio di pubblicità dell'udienza è di rilevanza costituzionale – in quanto connaturato ad un ordinamento democratico e previsto, tra gli altri strumenti internazionali, appunto dall'art. 6 CEDU – e che tale principio può essere derogato nel giudizio di cassazione, in ragione della conformazione complessiva del procedimento, a fronte della pubblicità del giudizio assicurata in prima o seconda istanza.

Con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, è certamente vero che, come sottolineato nella relazione di accompagnamento al decreto, le garanzie sottese al diritto al ricorso effettivo dinanzi ad un giudice si modulano diversamente a seconda della natura della materia processuale (penale, civile e amministrativa) e del tipo e grado di giudizio; così come è certamente vero che la garanzia dell'udienza orale – ineludibile per i processi penali – può essere sottoposta a consistenti restrizioni nei processi civili o amministrativi. Ma è altrettanto vero che le limitazioni alle suddette garanzie devono rispondere al principio di proporzionalità; che il procedimento relativo al riconoscimento della protezione internazionale è destinato a concludersi con una decisione che dispiega sui i diritti e sulla vita del richiedente una incidenza del tutto paragonabile a quella di una sentenza in materia penale; che infine, come si ricorda nel paragrafo 6.1 della sentenza della Corte Costituzionale 11 marzo 2011 n. 80, il generale orientamento della Corte EDU «si esprime segnatamente nell'affermazione per cui, al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analogo udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta. In specie, i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione (*ex plurimis*, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, Hermi contro Italia; sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; sentenza 27 marzo 1998, K.D.B. contro Paesi Bassi; sentenza 29 ottobre 1991, Helmers contro Svezia; sentenza 26 maggio 1988, Ekbatani contro Svezia).»

La nuova disciplina appare problematica in relazione all'art. 6 CEDU proprio perché nell'intero arco della procedura giudiziaria di impugnativa dei provvedimenti delle Commissioni territoriali (materia, va sottolineato, in cui l'accertamento del fatto ha un peso

preponderante rispetto al tecnicismo giuridico) non vi è alcuna fase in cui – salve le ipotesi, previste nel co. 11 del nuovo art. 35-*bis* del d.l. n. 25/08, di indisponibilità della videoregistrazione del colloquio davanti alla Commissione territoriale o di deduzione di fatti non dedotti in sede amministrativa (previsione, quest'ultima, che si presta, sia detto per inciso, ad abusi e utilizzazioni strumentali) – il richiedente protezione internazionale ha (non la semplice possibilità, rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudicante, ma) il diritto di comparire davanti al suo giudice, tenuto conto anche dell'eliminazione dell'appello e della decisione camerale in cassazione.

Oltre ai dubbi di principio, occorre poi anche evidenziare che è probabilmente errata la prognosi che l'eliminazione dell'udienza abbia come naturale conseguenza anche la riduzione della durata del processo. La relazione di accompagnamento, sul punto, infatti evidenzia che in siffatti giudizi il maggior lasso temporale decorre dal deposito del ricorso alla data dell'udienza; ma, come è noto a qualunque operatore del diritto, il tempo necessario per decidere una controversia non si esaurisce nel tempo dell'udienza ma comprende il tempo di lettura degli atti e di studio della controversia, prima dell'udienza, e soprattutto di redazione del provvedimento decisivo, dopo l'udienza.

In altri termini ciò che conta veramente è la quantità di provvedimenti che è possibile emettere che, a risorse invariate, è difficile possano aumentare.

Il tribunale, entro quattro mesi, decide con decreto che non è reclamabile (co. 13). I procedimenti devono essere definiti in via di urgenza (co. 15) e non sono soggetti a sospensione dei termini nel periodo feriale (co. 14).

Quanto alla eliminazione dell'appello, essa emerge chiaramente dalla previsione del co. 13 del nuovo art. 35-*bis* (non reclamabilità) per cui, contro detto provvedimento, è ammesso ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione del decreto operata dalla cancelleria, anche in favore della parte non costituita.

Viene così eliminato un essenziale momento di uniformazione degli orientamenti giurisprudenziali. È stato infatti segnalato⁴ che la scelta di eliminare del tutto la garanzia dell'appello in materia di diritti fondamentali della persona, qual è il diritto alla protezione internazionale, appare obiettivamente disarmonica, nel quadro di un ordinamento processuale, come il nostro, che prevede tale garanzia per la stragrande maggioranza delle controversie civili, anche di minimo valore patrimoniale o extrapatrimoniale.

Il fatto che nella maggior parte dei paesi europei sia previsto un solo grado di merito non costituisce un argomento dirimente, perché in quei paesi il regime

⁴ Vedi il parere citato alla nota che precede nonché GAETA, *La riforma della protezione internazionale: una prima lettura*, in www.questionegiustizia.it.

delle impugnazioni è radicalmente diverso dal nostro; in Italia l'appello, pur non essendo costituzionalmente necessario, è tuttavia previsto per la quasi totalità delle controversie.

Inoltre appare decisivo il rilievo che, come già sopra sottolineato, nei procedimenti relativi alla richiesta di protezione internazionale il nucleo critico fondamentale è costituito dall'accertamento del fatto, per il quale la direttiva 2013/32/UE pone a carico del giudice uno specifico onere di collaborazione nella ricerca dei riscontri di quanto il ricorrente dichiara, in ragione della oggettiva «debolezza» della parte richiedente. L'accertamento del fatto è però precluso nel giudizio di cassazione, cosicché, eliminando l'appello, viene in sostanza rimossa ogni possibilità di correzione degli errori in cui il tribunale possa essere incorso – tanto più se abbia giudicato senza alcun diretto contatto con il richiedente – negli apprezzamenti di fatto.

Gli unici reali rimedi a tale scelta sono da individuare nella collegialità della decisione (introdotta dalla legge di conversione) e nell'aumento effettivo delle risorse delle Commissioni territoriali (che dovrebbe comportare quindi un miglioramento della qualità delle decisioni amministrative).

L'altro rischio dell'abolizione dell'appello è relativo al funzionamento della Corte di cassazione, ove la maggioranza dei provvedimenti di rigetto delle impugnazioni dei dinieghi delle Commissioni territoriali sia impugnata – anche quando tali provvedimenti non prestino il fianco a censure di violazione di legge o di *errores in procedendo* – con la deduzione, più o meno appropriata, di vizi motivazionali, impugnazioni che graveranno pesantemente sui ruoli della Corte.

Quanto alla fase cautelare, essa è regolata dai commi da 3 a 5; viene confermato il principio generale che la proposizione del ricorso sospende l'efficacia del provvedimento impugnato, salvo che nei quattro casi previsti dal co. 3 di cui alla lett. a (persona trattenuta nel centro di permanenza per i rimpatri, ex centro di identificazione ed espulsione), lett. b (decisione di inammissibilità del ricorso, emessa dalla Commissione), lett. c (decisione di rigetto per manifesta infondatezza emessa dalla Commissione), lett. d (quando il richiedente presenta la domanda, dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera ovvero dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare, al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento).

In tutti tali casi, l'effetto sospensivo non è automatico ma rimesso alla decisione del giudice su istanza di parte, come già nel sistema attualmente vigente; ciò che cambia è la disciplina processuale del sub procedimento di sospensione che, coerentemente con la regola generale sulla trattazione scritta del ricorso, è anche in tal caso imperniata sul solo scambio di note scritte delle parti; in estrema sintesi, ove vi sia istanza di so-

sensione, il giudice, entro cinque giorni, ove vi siano gravi e circostanziate ragioni, emette decreto *inaudita altera parte* con cui accoglie o rigetta provvisoriamente la richiesta; la cancelleria notifica il decreto alle parti; le parti possono depositare note difensive, entro cinque giorni, e note di replica, entro altri cinque giorni; il giudice, nei successivi cinque giorni, emette il decreto con cui conferma, modifica o revoca i provvedimenti già emanati; il decreto non è impugnabile. Si tratta di termini estremamente ridotti, forse poco compatibili soprattutto con la reale facoltà di difesa della parte pubblica.

Viene infine precisato (co. 13) che la sospensione viene meno ove il ricorso sia rigettato anche solo in primo grado; in tale caso però il giudice che ha emesso il decreto può disporre la sospensione dello stesso, sempre all'esito di istanza della parte che abbia proposto ricorso per cassazione e all'esito di contraddittorio scritto. Si tratta di una previsione nuova che elimina alcune incertezze sorte nella prassi.

Il co. 5 specifica che, in ogni caso, l'effetto sospensivo non si esplica ove sia impugnato un provvedimento che dichiara, per la seconda volta, inammissibile la domanda di protezione (norma che tenta di porre un argine al fenomeno della reiterazione della domanda).

Le ulteriori novità attengono al ricorso per cassazione e al patrocinio a spese dello Stato, e sono funzionali a ridurre eventuali abusi del difensore.

Quanto al primo, viene precisato che la procura alle liti per la proposizione del ricorso per cassazione deve essere conferita successivamente alla comunicazione del decreto impugnato, a pena di inammissibilità (co. 13); non potrà quindi avere efficacia la procura originaria.

Quanto al secondo, il co. 17 impone al giudice che rigetti l'impugnazione proposta contro una decisione di rigetto per manifesta infondatezza emessa dalla Commissione territoriale, di motivare espressamente ove decida di non revocare il patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 74 co. 2 del d.P.R. 115/2002 (casi di manifesta infondatezza della domanda); l'effetto della disposizione è quindi quello di far presumere che in casi siffatti l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato debba essere revocata.

6.1. La tutela giurisdizionale in materia di decisioni di trasferimento adottate dall'Unità Dublino

In sede di conversione, il legislatore ha introdotto un mezzo di tutela giurisdizionale contro le decisioni di trasferimento adottate dall'autorità di cui al co. 3 dell'art. 3 d.lgs. 25/2008; trattasi delle decisioni di trasferimento adottate dalla autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale in applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, la cd. Unità Dublino, operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immi-

grazione del Ministero dell'interno. È noto infatti che detto regolamento stabilisce una serie di criteri per individuare lo Stato competente a decidere sulla domanda di protezione internazionale; ove lo Stato non si ritenga competente è quindi previsto il trasferimento verso lo Stato competente, decisione contro la quale è prevista tutela giurisdizionale, le cui forme sono state regolate dalla nuova legge.

Il procedimento impugnatorio ricalca sostanzialmente lo stesso modello descritto sopra in tema di impugnativa dei provvedimenti della Commissione territoriale, adottando il rito camerale, normalmente senza udienza (a meno che il giudice non la ritenga necessaria ai fini della decisione); è anche in questa ipotesi previsto un sub procedimento per la decisione sulla istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato.

7. Le modifiche processuali agli altri giudizi in tema di immigrazione, cittadinanza, apolidia

In assenza di specifiche disposizioni, deve ritenersi che per tutte le altre controversie attribuite alla sezione specializzata rimangano in vigore le regole processuali esistenti, in primo luogo quindi l'operatività del procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. (previsto dagli artt. 16, 17 e 20 d.lgs. 150/2011).

Il procedimento sommario di cognizione viene poi esteso, attraverso l'introduzione dell'art. 19-bis nel d.lgs. 150/2011, anche alle controversie in tema di cittadinanza (ove era da sempre ritenuto applicabile il rito ordinario) e in tema di apolidia; per queste ultime, occorre ricordare che, dopo alcune oscillazioni nella giurisprudenza di merito, la Suprema Corte aveva ritenuto applicabile il rito ordinario di cognizione (Cass. SS.UU. 9.12.2008 n. 28873 seguita da Cass. 4.4.2011 n. 7614), sulla base del duplice rilievo che la previsione di cui all'art. 742-bis c.p.c. non si può intendere come estensiva del rito da quelle controversie sullo stato delle persone nominate al titolo secondo del libro quarto del c.p.c. a tutte quelle appartenenti ad un indeterminato "genus" di "famiglia e stato" e che il rito camerale contenzioso è espressamente previsto da numerose leggi speciali ma sempre in ragione delle esigenze di assoluta celerità nella definizione del procedimento mentre nell'acquisizione dello status di apolide non si scorge né assoluta urgenza soggettiva né interesse pubblico alla immediatezza di definizione.

8. Le norme in tema di espulsioni

Il capo III del decreto legge prevede un insieme di misure, anche economiche, funzionali ad accelerare le procedure di identificazione e migliorare il contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di migranti.

In particolare l'art. 16 prevede l'applicazione del rito abbreviato nel processo amministrativo anche per le cause aventi ad oggetto i provvedimenti di espulsione dello straniero per motivi di ordine pubblico di

cui all'art. 13 co. 1 d.lgs. 286/1998 (competenza che, come sopra accennato, rimane in capo al giudice amministrativo).

L'art. 17 prevede l'istituzione dei cd. punti di crisi, destinati ad accogliere gli stranieri rintracciati in fase di attraversamento della frontiera e a seguito di operazioni di salvataggio in mare, per le esigenze di soccorso e prima assistenza nonché per l'effettuazione delle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico; in tale sede allo straniero sono fornite le informazioni sulla procedura di protezione internazionale e sulle possibilità di rimpatrio assistito; peraltro nel caso di rifiuto di sottoporsi ai rilievi, ciò configura rischio di fuga e può determinare il trattenimento nei centri di permanenza e accoglienza (in precedenza denominati "centri di identificazione ed espulsione", i C.I.E.) ai sensi dell'art. 14 d.lgs. 286/1998; si rammenta che il provvedimento di trattenimento deve essere convalidato entro 48 dal giudice di pace (competenza, questa, non trasferita alla nuova sezione specializzata, salvo il caso che si tratti di richiedente protezione internazionale).

In tema di espulsione come sanzione sostituita alla detenzione di cui all'art. 16 d.lgs. 286/1998, viene specificato che ove non sia possibile effettuare il rimpatrio il giudice dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario alla esecuzione del provvedimento di espulsione.

I centri di identificazione ed espulsione sono ridefiniti in "centri di permanenza per i rimpatri" e il co. 3 dell'art. 19 prevede un loro ampliamento numerico, in modo da assicurarne la distribuzione sull'intero territorio nazionale, a seguito di una procedura partecipata con il presidente della regione interessata e privilegiando le aree esterne ai centri urbani e le strutture pubbliche già esistenti.

9. Le disposizioni transitorie

L'art. 21 prevede un articolato insieme di misure transitorie.

Si segnala che le nuove norme processuali strettamente intese (competenza e procedimenti) si applicano alle cause e ai procedimenti giudiziari sorti dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del decreto; alle cause introdotte prima si continuano ad applicare le norme vigenti; nessuna misura viene prevista invece per aiutare a definire in tempi rapidi il contenzioso ormai accumulatosi in misura assai ingente presso molti uffici giudiziari; in tal modo di fatto l'entrata a regime della nuova normativa potrebbe richiedere diversi anni.

Peraltro anche le norme in tema di videoregistrazione si applicano dopo il centottantesimo giorno per cui è ragionevole pensare che, per un congruo lasso di tempo, la videoregistrazione non sarà ovviamente disponibile per il tribunale, anche nei primi giudizi introdotti ai sensi della nuova disciplina.

Sono di apparente immediata applicazione, in assenza di specifiche disposizioni, le norme ordinamentali e quindi l'art. 1 che istituisce le sezioni specializzate in materia di immigrazione e l'art. 2 secondo cui i giudici che compongono le sezioni specializzate sono scelti tra i magistrati dotati di specifiche competenze, con i conseguenti oneri formativi della Scuola, tenuta ad assicurare la costante formazione del corpo magistratuale.

Ciò probabilmente⁵ è dovuto alla volontà del legislatore di istituire immediatamente le sezioni specializzate, salvo intendere che esse acquistino concreta operatività solo dopo il centottantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del decreto. In altri termini, si vuole che a tale data le sezioni siano immediatamente funzionanti senza che si perda altro tempo per istituirle e destinarvi magistrati. Così si spiega anche il portato dell'art. 2, co. 2, in base al quale il Consiglio superiore deve dettare disposizioni organizzative entro il detto termine.

⁵ In tal senso anche la delibera del C.S.M. del 15 marzo 2017, sopra citata.

Matilde Pezzullo

Consigliere della sezione lavoro della Corte di Appello di Napoli

I furbetti del cartellino parte seconda: il decreto Madia "correttivo" sul licenziamento disciplinare nel pubblico impiego

abstract

Brief analysis of the "correction" Legislative Decree on disciplinary dismissal of the public employee, in the light of the Constitutional Court's ruling n. 251/2016.

keywords

Public use – Disciplinary licensing – Decree Madia.

abstract

Breve analisi del decreto Madia "correttivo" del licenziamento disciplinare del pubblico dipendente, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016.

parole chiave

Pubblico impiego – Licenziamento disciplinare – Decreto Madia.

Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni ha avuto da sempre una vita travagliata, almeno dal punto di vista normativo.

Dal 1993, per parlare di storia contemporanea, il legislatore ha sempre cercato di migliorare il quadro normativo per gestire al meglio le risorse umane nelle PPAA.

E così incontriamo il primo vizio storico che affligge la normativa in materia, ovvero quello di quello di ritenere la p.a. un corpo tecnico e neutrale che si sposta e si modifica solo per via delle norme. Un approccio che ha rafforzato la cultura burocratica e formalistica, che proprio la riforma degli anni '90 voleva sconfiggere.

Detto questo, il quadro rimane incerto e debole pur (anzi grazie) al proliferare di regole e alla commistione dei diversi "diritti".

Il tema in discussione è quello del procedimento disciplinare, oggetto di uno specifico decreto legislativo, adottato dal Governo in attuazione della legge delega "Madia" (l. 124/2015) e, potremmo dire, per rispondere ai fatti di cronaca sulle false attestazioni di presenza.

Un tema iconoclasticamente definito dalla stampa come quello dei "furbetti del cartellino", che richiama a monte due grandi argomenti, sempre rievocati ma

mai affrontati. Il primo è quello della cattiva gestione delle risorse umane da parte delle amministrazioni in termini di reclutamento, formazione e valutazione. La gestione delle risorse umane appare un fattore dato in maniera esogena e non appartiene alla dirigenza. Un tipico retaggio pubblicistico: la p.a., e quindi il personale, si muove solo sulla base della legge, ma confermato, purtroppo, anche dal percorso contrattualista: il personale è governato dal contratto collettivo e dalla intermediazione sindacale. In entrambi i casi il datore di lavoro non esiste.

Il secondo argomento, più di carattere giuridico, riguarda lo scontro tra convergenza o divergenza nella p.a. tra diritto del lavoro "speciale" e diritto del lavoro privato: tema tornato in auge con le modifiche alla l. 300/1970 in materia di mansioni, controlli e licenziamenti e che richiederebbe urgentemente un chiarimento e qualche certezza in più.

Mentre, ad esempio, la Ministra Madia cercava di rassicurare il mondo che il nuovo art. 18 della l. 300/70 non avrebbe trovato applicazione nelle PPAA, la Cassazione con la sentenza n. 24157 del 2015 (sia pur smentita da successive decisioni cfr Cass. 1168/2016) affermava l'esatto contrario¹. E mentre i

¹ La questione pare definitivamente chiarita ad opera del decreto

capi del personale delle PPAA brancolavano nell'incertezza su quale diritto del lavoro si applicasse, il Governo, invece di sciogliere questi dubbi, emanava un decreto per modificare il procedimento disciplinare in maniera più severa per i dipendenti incolpati anche se solo per una fattispecie.

A questo punto appare opportuno ripercorrere brevemente la normativa ancora ad oggi vigente in tema di procedimento disciplinare e licenziamento del pubblico dipendente.

Ai sensi dell'art.1 del d.lgs. 165/2001 lo Statuto dei Lavoratori la legge 300 del 1970, si applica a tutte le Pubbliche Amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti, in particolare trovano applicazione puntuale l'art.7 in materia di infrazioni e sanzioni disciplinari e l'art. 28 che disciplina la repressione della condotta antisindacale posta in essere, in qualsiasi forma, dal datore di lavoro.

La materia delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari è rimessa alla competenza esclusiva della contrattazione collettiva, ai contratti collettivi e ai codici di comportamento che le Pubbliche Amministrazioni devono predisporre ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. 165/2001.

In passato la posizione di supremazia della p.a. si esprimeva anche attraverso l'esercizio di un potere disciplinare di carattere autoritario, espressione di un sistema rigidamente gerarchizzato. In seguito alla profonda riforma introdotta con il d.lgs. 29/1993 si è avviato un mutamento radicale.

Sotto l'aspetto procedurale il d.lgs. 165/2001 prevede l'istituzione, presso ciascuna Amministrazione, di un ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

Sarà questo ufficio, su segnalazione del capo della struttura in cui il dipendente lavora, a contestare l'addebito al predetto dipendente, istruire il procedimento disciplinare ed applicare, eventualmente, la sanzione. Quando le sanzioni da applicare sono il rimprovero verbale o la censura il capo della struttura può provvedervi direttamente, in tutti gli altri casi compete al dirigente gerarchicamente superiore.

Presupposto indispensabile per l'avvio del procedimento disciplinare e per l'irrogazione della relativa sanzione è l'adozione di un codice di comportamento e di condotta e la sua affissione sul posto di lavoro, in un luogo accessibile a tutti.

Il procedimento disciplinare risponde, oggi, a criteri di trasparenza e di democrazia, a salvaguardia dei diritti fondamentali del dipendente.

Nel nuovo ordinamento hanno trovato applicazione le garanzie del giusto procedimento, i principi della tipicità, pubblicità, trasparenza delle infrazioni nonché il principio di civiltà giuridica della previa contestazione dell'addebito, a cui più volte si era richiamata

la Corte Costituzionale osservando come in generale l'esercizio di un potere disciplinare riferito allo svolgimento di qualsiasi rapporto di lavoro, di diritto privato, di lavoro pubblico, di lavoro autonomo o professionale deve rispondere al principio di proporzionalità ed alla regola del contraddittorio (Corte Costituzionale, 1.6.1995 n. 220).

Così, ad eccezione che per il rimprovero verbale si deve sempre procedere alla contestazione scritta dell'addebito al dipendente entro 10 giorni da quando l'ufficio istruttore è venuto a conoscenza del fatto; il dipendente ha diritto, a sua volta, di esercitare la propria difesa con l'assistenza di un legale o di un rappresentante sindacale nei successivi 15 giorni, trascorsi inutilmente i quali la sanzione può essere applicata negli ulteriori 15 giorni, con provvedimento debitamente motivato. La adozione della sanzione va comunicata al dipendente con lettera raccomandata entro 10 giorni; decorso questo termine senza che sia stato irrogato il provvedimento, le giustificazioni del dipendente si considerano accolte e non potrà più applicarsi la sanzione. Il lavoratore che vuole opporsi alla sanzione disciplinare che gli è stata comminata, può promuovere entro 20 giorni dall'irrogazione della predetta sanzione la attivazione di un Collegio di conciliazione o di arbitrato, che deve pronunciarsi entro 90 giorni dalla impugnazione del provvedimento.

Al dipendente o, su sua espressa delega, al difensore è consentito l'accesso a tutti gli atti istruttori che riguardano il procedimento a suo carico, in omaggio al principio del giusto procedimento sancito dalla legge 241 del 1990 e sue successive modifiche ed integrazioni.

Il procedimento deve concludersi nel termine improrogabile di 120 giorni dalla data di contestazione dell'addebito, in caso contrario il procedimento si estingue.

È evidente, pertanto, che il termine iniziale ed il termine finale sono da considerare perentori, peraltro tutto il procedimento si ispira a principi di tempestività ed immediatezza, al fine di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche.

Una peculiarità è rappresentata dall'istituto del patteggiamento con cui si realizza una riduzione della sanzione, a condizione che ci sia l'espresso consenso del lavoratore. In questo caso la sanzione non sarà più suscettibile di impugnazione.

La sanzione viene di norma irrogata per la violazione degli obblighi contrattuali, deve essere proporzionata alla gravità dei fatti commessi e deve essere adeguata, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, alla situazione che si è verificata sul luogo di lavoro. Proporzionalità e adeguatezza disciplinare costituiscono principi fondamentali dell'ordinamento giuslavoristico italiano, dettati da imprescindibili considerazioni di civiltà giuridica, proprie di un moderno sistema sanzionatorio discendono dallo stesso dettato costitu-

correttivo laddove si prevede la permanente applicabilità dell'art. 18 St. Lav. ai pubblici dipendenti, salvo una limitazione del risarcimento del danno in caso di ordine di reintegra.

zionale, là dove è sancito il principio della graduazione delle pene.

L'onere della prova della sussistenza della proporzionalità compete al datore di lavoro.

La sanzione non adeguata costituisce violazione di norma inderogabile che porta alla nullità della stessa. Ai fini dell'irrogazione della sanzione, la gravità del comportamento del dipendente va considerata valutando ogni aspetto tanto soggettivo quanto oggettivo. Si dovrà dare rilevanza nella giusta misura, alle cause di giustificazione, alle attenuanti, alla intensità dell'elemento psicologico, alla personalità del dipendente. Al tempo stesso dovranno essere prese in considerazione le circostanze in cui il fatto contestato è avvenuto; il danno concretamente cagionato all'Amministrazione; l'utilità conseguita dall'autore del comportamento illegittimo.

In particolare, nel caso della misura estrema del licenziamento dovrà operarsi una comparazione tra la frattura del rapporto fiduciario venutasi a creare tra datore di lavoro e lavoratore e le conseguenze che ne derivano per la sfera privata di quest'ultimo e della sua famiglia. Non va mai dimenticata, infatti, la funzione sociale del lavoro sancita dalla Carta Costituzionale.

Ancora, il principio della proporzionalità della sanzione va rispettato anche nel caso di recidiva, là dove può essere applicata una sanzione di maggiore entità rispetto a quella normalmente prevista dai contratti collettivi.

I provvedimenti disciplinari non liberano il dipendente dalle responsabilità civili, amministrative, penali nelle quali sia incorso.

Nel caso in cui l'Amministrazione venga a conoscenza di fatti di rilevanza penale posti in essere dal dipendente deve avviare il procedimento disciplinare ed inoltrare la denuncia all'Autorità Giudiziaria. Il procedimento disciplinare rimane sospeso sino alla sentenza definitiva. Analoga sospensione è disposta nel caso in cui l'obbligo della denuncia penale emerga nel corso di un procedimento disciplinare già avviato. Ancora, quando l'Amministrazione viene a conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a carico del dipendente per i medesimi fatti che costituiscono l'oggetto del procedimento disciplinare, quest'ultimo è sospeso sino alla sentenza definitiva.

Il procedimento disciplinare sospeso va riattivato entro 180 giorni da quando l'Amministrazione ha avuto notizia della sentenza definitiva e deve concludersi nel termine perentorio di 90/120 giorni[6].

In caso di assoluzione si applica quanto previsto dall'art. 653 del c.p.p. e dalla legge 66 del 2004.

Ove nel procedimento disciplinare sospeso, oltre ai fatti oggetto del giudizio penale per i quali vi sia stata assoluzione, erano state contestate altre violazioni, il procedimento riprende per le ulteriori infrazioni.

Il dipendente licenziato ai sensi del codice disciplinare e successivamente assolto, a seguito di revisione

del processo, ha diritto, dalla data della sentenza di assoluzione ad essere riammesso in servizio anche in soprannumero, nella originaria qualifica funzionale e con decorrenza dell'anzianità posseduta all'atto del licenziamento.

Il soggetto colpito dalla misura restrittiva della libertà personale è sospeso d'ufficio per tutta la durata dello stato di detenzione o di restrizione della libertà ed è privato della retribuzione, fatto salvo l'assegno alimentare.

La sospensione dal servizio può essere disposta, altresì, nel caso in cui il dipendente sia sottoposto a procedimento penale che non comporti la restrizione della libertà personale, ma il cui rinvio a giudizio sia avvenuto per fatti direttamente attinenti con il rapporto di lavoro o per fatti che, se accertati, porterebbero alla sanzione disciplinare del licenziamento. La sospensione conserva efficacia, per un massimo di cinque anni, dopo di che è revocata di diritto ed il dipendente è riammesso in servizio. nto disciplinare.

Ciò posto in termini generali va rilevato con specifico riferimento al licenziamento che, ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. 165/2001 poteva, prima dei decreti di riforma essere irrogato nei seguenti casi:

licenziamento pubblico impiego

Il dipendente pubblico può essere licenziato nei seguenti casi:

- falsa attestazione della presenza in servizio;
- presentazione di falso certificato medico giustificativo di un'assenza;
- superamento di 3 giorni (anche non continuativi) di assenza ingiustificata in 2 anni;
- superamento di 7 giorni (anche non continuativi) di assenza ingiustificata in 10 anni;
- mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'Amministrazione;
- ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'Amministrazione per motivate esigenze di servizio;
- presentazione di falsa documentazione o dichiarazione in sede di assunzione o promozione;
- reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;
- condanna penale definitiva con interdizione perpetua dai pubblici uffici.

L'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, così come novellato dal d.lgs. n. 150 del 2009 (c.d. Riforma Brunetta, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.), prevede che, fermo restando la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro del personale delle pubbliche amministrazioni privatizzate si applica l'art. 2106 cod. civ.

La pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere disciplinare, opera dunque alla stregua del datore di lavoro privato. Permane invece la supremazia della pubblica amministrazione in materia di responsabilità amministrativa e contabile dei dipendenti pubblici che opera in aggiunta a quella disciplinare in esame.

L'art. 68 del d.lgs. n. 150 del 2009, a modifica del precedente testo dell'art. 55 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sotto la rubrica «Responsabilità, infrazioni, sanzioni, procedure conciliative» prevede che le disposizioni del nuovo art. 55 e di quelli seguenti, fino all'art. 55-*octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 1339 e 1419, secondo comma, c.c. e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 165/2001, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2.

La riforma Brunetta ha dunque potenziato il potere disciplinare della pubblica amministrazione sempre nell'ottica di valorizzazione del merito (*ex* art. 7, l. n. 15/2009), poiché rilevare i demeriti contribuisce a contrastare la scarsa produttività e ad utilizzare le risorse pubbliche in modo corretto.

Nell'ottica di contrastare il fenomeno dell'assenteismo, sono state introdotte norme penali anche per i medici compiacenti nel rilascio di certificazioni mediche (art. 55-*quinquies*).

Le nuove fattispecie disciplinari e le nuove tipologie sanzionatorie sono applicabili ai fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 (15 novembre 2009).

Il potere disciplinare del datore di lavoro è, dunque, disciplinato anche nel pubblico impiego dall'art. 2106 cod. civ., secondo cui tale potere può essere esercitato dal datore di lavoro ogni qualvolta vi sia da parte del dipendente la violazione degli obblighi di diligenza (*ex* art. 2104 cod. civ.), obbedienza e fedeltà (*ex* art. 2105 cod. civ.), tenendo conto della gravità della violazione posta in essere ed in virtù di questo statuisce il principio di proporzionalità tra infrazione del lavoratore e sanzione irrogabile.

Per l'attuazione del potere disciplinare si fa riferimento all'art. 7 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), il quale non abroga l'art. 2106 c.c. bensì ne integra la disciplina, prevedendo una serie di limiti al potere disciplinare del datore di lavoro.

Dell'art. 7, legge n. 300 del 1970, si applicano al pubblico impiego l'obbligo di formazione al codice disciplinare, l'obbligo di previa contestazione degli addebiti ed il divieto di tener conto delle sanzioni trascorsi due anni dalla loro applicazione.

Quindi, nel pubblico impiego l'art 7 st. lav non è integralmente applicabile, dovendo essere integrato con altre fonti normative quali, da ultimo, le modifiche apportate al d.lgs. n. 165 del 2001 dal d.lgs. n. 150 del 2009. Con l'art. 55-*quater* del d.lgs. 165 del 2001, sono state introdotte specifiche ipotesi di licen-

ziamento disciplinare, in aggiunta a quelle ulteriormente previste per giusta causa o giustificato motivo dalla contrattazione collettiva, ipotesi che sono state dichiarate espressamente inderogabili dalla contrattazione collettiva.

Tra le misure estintive del rapporto di lavoro situate a presidiare l'ottemperanza degli obiettivi di performance assegnati al dipendente pubblico, sia a livello individuale che a livello collettivo, va menzionata la specifica e nuova tipologia del licenziamento disciplinare di cui all'art. 55-*quater*, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, in casi di inefficienza o scarso rendimento in un arco temporale non inferiore a due anni, per reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione, quali, ad esempio, il reiterato assenteismo del dipendente pubblico dal lavoro, anche per il tramite di falsificazioni di attestazioni di presenza o di presentazioni di certificati medici falsi, quali fattispecie concernenti la responsabilità del pubblico dipendente previste dall'art. 55-*quater*, lett. a), comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001.

Il licenziamento disciplinare appare, dunque, in linea con la ratio della riforma di inasprimento del trattamento sanzionatorio degli assenteisti dal lavoro, poiché rigorosamente tende a monitorare il controllo del fenomeno dell'assenteismo sia nell'ambito lavorativo che nelle visite fiscali.

L'art. 55-*sexies*, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede il collocamento in disponibilità nel caso in cui il lavoratore cagioni grave danno al normale funzionamento dell'ufficio per insufficienza o incompetenza professionale, accertate dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento disciplinare nel rispetto del contraddittorio e dei principi per esso previsti.

L'art. 55-*quater* prevede la massima sanzione del licenziamento disciplinare in presenza di condotte quali:

- a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia;
- b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;
- c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;
- d) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera;
- e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi con-

dotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;

- f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

Il licenziamento in sede disciplinare è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54.

Nei casi di cui al comma 1, lettere a), d), e) ed f), il licenziamento è senza preavviso.

Tutte le sanzioni, per essere irrogate, devono essere precedute dal procedimento disciplinare.

Su quest'impianto normativo è intervenuta la c.d. riforma Madia di cui al d.l. 116/2016 (attuativo dell'art. 17, comma 1, lett. s, l. n. 124/2015) su cui come vedremo si è in parte abbattuta la scure della Consulta.

A seguito infatti del clamore mediatico suscitato da alcuni episodi (criminali) di falsa attestazione, il Governo Renzi ha individuato la fonte di tutti i mali, il "vaso di Pandora" del pubblico impiego, in tale fenomeno; e per questo, con uno dei primi decreti attuativi della "riforma Madia" (il primo in materia di lavoro) si era cercato di potenziarne il meccanismo di repressione, inserendo nell'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/2001, i commi 1-*bis*, 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater* e 3-*quinqües*.

Primo obiettivo del d.lgs. n. 116/2016 era descrivere con maggior precisione la condotta che dà luogo a licenziamento disciplinare.

Così, si chiariva che «costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta» (comma 1-*bis*).

Dal punto di vista oggettivo, la nuova norma si limitava a puntualizzare ciò che – secondo l'opinione di chi scrive – era già desumibile dalla lett. A), e cioè che integra la fattispecie «qualunque» modalità fraudolenta, anche se posta in essere «avvalendosi di terzi».

Sotto il profilo soggettivo, invece, la novità era abbastanza significativa: la sanzione espulsiva era com-

minata anche a colui il quale, con il proprio comportamento attivo od omissivo, agevolava l'esecuzione dell'illecito o ne aumentava la possibilità di realizzazione (cfr. C. Stato, com. spec., parere 16 marzo 2016, n. 864, in www.giustizia-amministrativa.it).

Ma il punto centrale dell'intervento del legislatore delegato andava identificato nella previsione di una misura cautelare (comma 3-*bis*) e di un procedimento disciplinare speciale (comma 3-*ter*) da applicarsi al solo caso in cui la falsa attestazione della presenza in servizio fosse «accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze».

Al ricorrere di queste circostanze, il responsabile della struttura in cui il dipendente lavorava (o, ove ne venisse a conoscenza per primo, l'Ufficio per i Procedimenti Disciplinari) doveva, entro 48 ore dalla notizia dell'illecito disciplinare e con un unico provvedimento motivato, disporre l'immediata sospensione cautelare senza stipendio del lavoratore e contestargli l'addebito.

Si apriva così un procedimento disciplinare "accelerato" che l'UPD deve concludere entro 30 giorni dalla contestazione (ma il termine era da considerarsi ordinario); procedimento che si aggiungeva agli altri due tipi (quello "semplice" e quello "aggravato") già previsti per il pubblico impiego (rispettivamente dai commi 2 e 4 dell'art. 55-*bis*, d.lgs. n. 165/2001).

La riforma si completava poi con la disciplina delle ulteriori responsabilità cui va incontro il dipendente autore della falsa attestazione (comma 3-*quater*) e delle conseguenze per il responsabile del servizio che, senza giustificato motivo, ometta di sospendere il lavoratore e di avviare il procedimento disciplinare speciale (comma 3-*quinqües*).

Vale solo la pena sottolineare che la prescritta celerità rischiava (e rischia vista la riproposizione) di andare a scapito del buon esito del procedimento, soprattutto dal momento in cui si era previsto che dovesse essere il responsabile della struttura presso cui era addetto l'autore dell'illecito a procedere alla contestazione entro 48 ore da quando ne ha avuto conoscenza.

Poteva accadere, infatti, che detto responsabile – che poteva anche non avere qualifica dirigenziale – fosse privo delle competenze giuridiche necessarie per redigere correttamente una contestazione (si pensi all'ufficio urbanistica di un comune, in cui il responsabile sovente è un architetto); figurarsi se poi gli si prescriveva di farlo in un così breve lasso di tempo.

Su tale impianto normativo, come detto, si è abbattuta la scure della Consulta che con sentenza n. 251/2016 ha dichiarato la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della l. n. 124/2015, tra cui – per quanto qui maggiormente rileva – l'art. 17, comma 1, lett. s, in attuazione del quale era stato emanato il suddetto decreto.

Il giudice delle leggi parte da una premessa: quando in relazione a «fenomeni sociali complessi» è im-

possibile stabilire se vi sia o meno una prevalenza della competenza legislativa statale su quella delle Regioni, si realizza un'ipotesi di concorrenza di competenze tra tali due soggetti ordinamentali; concorrenza che, in ossequio al principio di leale collaborazione, impone allo Stato di predisporre un adeguato strumento di coinvolgimento delle Regioni da individuarsi nell'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Considerato che su molte delle tematiche toccate dalla l. n. 124/2015 si realizza proprio tale concorso di competenze (le quali sono definite dalla Corte «inestricabilmente connesse»), deve ritenersi violato – tra l'altro – il principio di leale collaborazione dal momento che il legislatore delegante ritiene sufficiente – anche per le disposizioni incidenti su quelle tematiche – che la adozione dei decreti sia preceduta dal solo parere in sede di Conferenza unificata

Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale di alcune previsioni della legge delega, nella parte in cui stabiliscono che il governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Trattasi di una pronuncia che ha destato più di una perplessità, e non solo per la tempistica, essendo stata resa pochi giorni prima del referendum sulla riforma costituzionale voluta dal Governo Renzi.

Ha in particolare sorpreso il fatto che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso pochi mesi prima sul decreto legislativo attuativo della riforma in materia di dirigenza pubblica, pur evidenziando numerose criticità, non avesse ipotizzato possibili lesioni dell'autonomia locale. Considerazioni di questo tenore erano state formulate solo, in maniera incidentale e piuttosto stringata, in relazione al diverso decreto legislativo in tema di dirigenza sanitaria.

Ciò premesso, alla luce della sentenza, ci si è subito interrogati sulla sorte dei diversi decreti legislativi attuativi delle deleghe ritenute illegittime ed in particolare quello che ci interessa ovvero il decreto legislativo recante modifiche all'articolo 55-*quater* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare.

Una considerazione fondamentale visto che quello in oggetto, nonché quello in tema di dirigenza sanitaria, e quello per le società a partecipazione pubblica erano già entrati in vigore alcuni mesi prima della sentenza.

Fatta questa distinzione, occorre delineare i potenziali scenari. Sulle possibili alternative di percorso si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato che lo scorso 17 gennaio ha reso il parere sul quesito posto dal Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione sulle modalità di attuazione della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale.

In particolare, il Ministero della funzione pubblica ha sottoposto al Consiglio di Stato alcune questioni interpretative sull'attuazione di tre decreti emanati sulla base della legge 7 agosto 2015, n. 124, quelli in materia di dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, e società a partecipazione pubblica.

Nel parere reso lo scorso 17 gennaio il Consiglio di Stato ha inquadrato la sentenza della Consulta tra quelle di tipo manipolativo, un genus all'interno del quale la letteratura giuridica ha spesso inglobato, accomunandole, le sentenze integrative, e le cosiddette sentenze “normative” o “sentenze-legge”.

In proposito è corrente l'avviso per cui le sentenze “manipolative” non possono essere creative di nuovo diritto. Precisamente devono pur sempre contenersi nei termini di una composizione “a rime obbligate”, limitandosi a trarre dal sistema la norma.

Nel caso di specie, secondo il Consiglio di Stato, si tratterebbe di una sentenza manipolativa del tipo “sostitutivo di procedura”. La sentenza, cioè, fornisce già una lettura adeguatrice della legge che, dopo l'intervento della Corte, prevede l'intesa e non il parere ed è, così, da intendersi “riscritta” in conformità al dettato costituzionale.

La delega, così “corretta”, non sarebbe pertanto bisognosa di essere riproposta.

Per i decreti legislativi entrati in vigore entro il termine di scadenza della delega (in tema di dirigenza sanitaria, licenziamenti disciplinari e società partecipate), sarebbe dunque sufficiente un nuovo passaggio in Conferenza Stato Regioni o in Conferenza Unificata, a seconda dei casi, secondo la normativa vigente (d.lgs. n. 281 del 1997); questa volta però il passaggio dovrà essere finalizzato al raggiungimento di un'intesa con le autonomie locali, e non solo alla richiesta di un parere.

In adempimento a tale onere è stato quindi emanato dal CDM del 23.2.2017 il nuovo decreto correttivo, inglobato nel cd TU della Pubblica amministrazione, su cui la Conferenza Stato Regioni ha espresso parere positivo senza emendamenti sullo specifico punto dei licenziamenti in data 13.4.2017.

Il decreto sostanzialmente ripropone integralmente il precedente, revisionando ed integrando le ipotesi di licenziamento ed i tempi per la irrogazione

Non affronta temi più grandi che rimangono irrisolti e si occupa nuovamente solo dei fatti di cronaca.

Si prevede una sospensione obbligatoria in un caso, quello della manomissione e falsificazione delle attestazioni di presenza. Istituto già presente nei CCNL come sospensione cautelativa, ma senza l'obbligo di procedere entro 48 ore dal momento in cui si è conosciuto il fatto. Si tratta di una sospensione senza retribuzione, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato, che non solo non è tra gli interventi più urgenti da adottare, ma che rischia di indebolire il licenziamento per giusta causa senza preavviso per la stessa fattispecie previsto ai sensi dell'art. 55-*quater*.

Cioè d'ora in poi si dovrà applicare prevalentemente o "solo" (per principio di proporzionalità) la sospensione obbligatoria in caso di falsa attestazione della presenza in servizio. I tempi ridotti, inoltre, nel procedimento portano solitamente la p.a. a commettere maggiori errori. La flagranza (nella sua accezione penale) è un'altra novità rilevante, tanto più che al pari della flagranza valgono gli esiti degli "strumenti di sorveglianza o di registrazione..." con il problema di capire se vale qualsiasi tipo di ripresa o solo quelle autorizzate *ex art. 4* (modificato dal d.lgs. 151/2015 "*Jobs Act*") dello Statuto dei lavoratori. Dando per scontato che il nuovo articolo 4 della l. 300/1970, pur se modificato dal "*jobs act*", trovi applicazione anche nelle pubbliche amministrazioni.

Ma è quella della falsificazione dell'attestazione della presenza la fattispecie più grave? Che si fa in caso di corruzione o concussione? In caso di danno erariale? In caso di omessi controlli o perdita fondi UE? Applicheremo la sospensione cautelare prevista dai contratti collettivi.

È buona prassi quando si scrivono le norme pensare a come si applicano, a chi le dovrà applicare e alle problematiche nell'applicazione. Si chiama solitamente "copertura gestionale e amministrativa delle norme". Importante come la copertura finanziaria. La sospensione obbligatoria velocemente adottata, senza retribuzione, potrebbe portare a maggiori possibilità di richiesta di risarcimento in caso di soccombenza e, quindi, ad un maggior rischio per i dirigenti di essere chiamati a rispondere civilmente e contabilmente. Il dirigente è "minacciato" in caso di mancata adozione del procedimento, con un esercizio "quasi" penalistico della delega (che nulla diceva sul punto), che dispone in via interpretativa sulla fattispecie del reato di omissione di atti di ufficio nei casi di omessa attivazione del procedimento disciplinare e di omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare. Il datore di lavoro pubblico andrebbe forse rafforzato, e non solo per legge, più che minacciato.

Cosa sarebbe stato utile fare?

Sulla licenziabilità dei dipendenti che falsificano l'attestazione delle presenze la normativa esisteva ed è contenuta nel d.lgs. 165/2001, ma si è applicata raramente, per amore del quieto vivere, omertà e perché "rischiosa" per il dirigente. Ferme restando le prime due cause, che richiederebbero un cambio di cultura e di management, la rischiosità del procedimento di licenziamento potrebbe essere attenuata con alcune piccole modifiche normative, mutuandole dall'art. 18 della l. 300/70 e dall'art. 3 del d.lgs. 23/2015 (posto che non si applichino già alla p.a.)

Inoltre, senza tuffarsi tra le correnti di Scilla e Carriddi del fatto giuridico e di quello materiale, si dovrebbero migliorare molti codici disciplinari che disegnano fattispecie ambigue e difficili da provare per il datore di lavoro. Codici scritti per non essere mai

applicati. In tutti i casi, si dovrebbe precisare che in caso di pagamento dell'indennità non si configura la responsabilità erariale per il dirigente. Una norma analoga di esenzione venne prevista in passato nel contenzioso lavoristico in caso di conciliazioni in adesione. Il dirigente che ha sbagliato il procedimento disciplinare verrebbe sanzionato solo dal punto di vista della responsabilità dirigenziale, con effetti sulla retribuzione di risultato, ma non avrebbe lo spauracchio della responsabilità amministrativa. Ciò dovrebbe valere anche per l'indennità prevista al comma 3 dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

La buona gestione delle risorse umane ha bisogno di una buona programmazione, di un buon datore di lavoro e di un quadro normativo chiaro. L'azione del Governo in materia continua ad ignorare ancora tutti questi naturali e necessari ingredienti.

Recensioni

IL DIRITTO PENALE DEL NEMICO TRA DELITTO DI ASSOCIAZIONE POLITICA E MISURE
DI CONTRASTO AL TERRORISMO INTERNAZIONALE
a cura di Ubaldo Nazario, Quaderni dell'accademia pontaniana, pp. 11-208 432
di Giuseppe Amarelli



Il diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale

a cura di Ubaldo Nazzaro, Quaderni dell'accademia pontaniana, pp. 11-208

Il diverso atteggiarsi del rapporto autorità/libertà all'interno di un ordinamento giuridico, così come la natura più o meno democratica delle sue istituzioni, possono essere effettivamente apprezzati utilizzando come punto di osservazione privilegiato il diritto penale, la cui destinazione funzionale, a seconda del prevalere dell'una o dell'altra istanza, muta radicalmente da strumento di oppressione nella disponibilità esclusiva e insindacabile del sovrano a *Magna charta libertatum* del reo.

Nei moderni Stati sociali di diritto, fondati su Costituzioni rigide fucinate dopo la caduta dei regimi totalitari, si è affermata, non senza difficoltà, la seconda concezione del diritto penale quale irrinunciabile argine della politica criminale. Dopo una lunga fase evolutiva avviata dall'Illuminismo giuridico, le ragioni del garantismo individuale, infatti, sono state progressivamente equo-contemperate con quelle della difesa sociale, scolpendo nei principi di legalità, materialità, offensività e colpevolezza i baluardi insuperabili avverso lo *ius puniendi* statale.

Ciò avrebbe dovuto assicurare l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge penale, nonché l'adozione da parte del legislatore di opzioni politico-criminali non discriminatorie anche rispetto a situazioni limite, dovendo i principi generali ed i diritti fondamentali scolpiti nella Carta fondamentale essere considerati assolutamente incompressibili.

L'interessante volume di Ubaldo Nazzaro, muovendo da un punto di vista fortemente critico, svela, però, l'incolmabile distanza che ancora esiste nel nostro ordinamento giuridico tra l'essere ed il dover essere del diritto penale, indicando, sulla base di un'approfondita e documentata analisi, l'esistenza di ambiti settoriali in cui, per logiche da 'stato d'eccezione', le garanzie, i diritti ed i principi fondamentali conoscono delle pericolose e rilevanti deroghe. La perenne emergenza che caratterizza da tempo la legislazione penale italiana porta, infatti, sovente a modulare le risposte punitive non sulla base di valutazioni politico-criminali costituzionalmente orientate, ma di mere istanze di *law enforcement* che rinvengono la loro legittimazione sull'artata surrogazione del cittadino con il nemico. Questo particolare 'tipo d'autore' è reputato, infatti, una 'non persona' del tutto estranea alle regole della civile convivenza, rispetto alla quale

è ragionevole non accordare le garanzie riconosciute, invece, a tutti i consociati.

L'ambito disciplinare in cui questa pericolosa confusione concettuale tra *civis* ed *hostis* – e, conseguentemente, tra *ius* e *bellum* – è emersa in tempi recenti in maniera eclatante è quello delicatissimo delle misure di contrasto al terrorismo internazionale di matrice islamica.

Come correttamente osserva l'Autore, pur senza arrivare agli eccessi degli Stati Uniti d'America che hanno degiurisdizionalizzato la materia, affidando poteri di indagine illimitati agli organi di polizia ed ai servizi segreti, sottraendo così all'autorità giudiziaria il compito del necessario vaglio sulla responsabilità penale dei soggetti sospettati di terrorismo e consentendo forme di para-detenzione nei loro confronti a prescindere da sentenze di condanna come nel noto caso di Guantanamo, anche la nostra legislazione ha manifestato in questo campo segni di cedimento. Le tante fattispecie criminose introdotte nel corso degli ultimi anni in materia di terrorismo internazionale, spesso anche in attuazione di indicazioni comunitarie, pongono invero non pochi problemi di compatibilità con i principi generali del sistema penale.

Nazzaro, dopo una lunga digressione storica volta a rinvenire segni di continuità tra la nuova legislazione emergenziale in materia di terrorismo internazionale e quella passata in materia di terrorismo nazionale, si sofferma allora con enfasi su queste nuove figure criminose, indagandone analiticamente caratteristiche e limiti, prendendo le mosse dalla prima e più controversa ipotesi dell'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico di cui al riformato art. 270-*bis* c.p.

A suo avviso, la scelta di incriminare i meri accordi a prescindere dalla commissione di delitti-scopo, tramite il ricorso alla controversa categoria dei reati associativi puri, così come quelle effettuate tra il 2005 ed il 2015 di far assurgere al rango di penalmente rilevante condotte prodromiche e distanti dall'offesa effettiva o potenziale all'evanescente bene giuridico della personalità dello Stato – quali l'addestramento, l'arruolamento, l'organizzazione di viaggi, l'auto-addestramento ecc. di cui agli artt. 270-*quater* e ss. c.p. – paiono porsi in contrasto con il principio di offensività; non sembra poi immune da censure sotto questo punto di

vista anche la definizione di finalità terroristica internazionale contenuta nell'art. 270-*sexies* c.p.

Secondo l'Autore, la soluzione più razionale e coerente con i principi generali sarebbe quella della soppressione da parte del legislatore delle ipotesi di anticipazione della tutela irragionevoli e della fattispecie associativa pura, seguita quest'ultima dalla sua contestuale sostituzione con una circostanza aggravante comune dei delitti-scopo eventualmente realizzati. Mentre sotto il versante del dolo specifico, in luogo di un intervento legislativo, sarebbe sufficiente procedere ad una rilettura in chiave di compatibilità con la Costituzione della finalità di terrorismo descritta nell'art. 270-*sexies* c.p. come di recente ha fatto la Corte di Cassazione in una decisione del 2014 che la ha reinterpretata in maniera oggettivata.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. III, 28.04.2017, n. 10506
(con nota di Scuotto)
- Cass., sez. III, 28.04.2017, n. 10498 s.m.
(con nota di Alfano)
- Cass., sez. un., 10.04.2017, n. 9146 s.m.
- Cass., sez. un., 27.03.2017, n. 7756 s.m.
- Cass., sez. VI, 17.03.2017, n. 6972
(con nota di Vahabava)
- Cass., sez. II, ord. 13.03.2017, n. 6369 s.m.
- Cass., sez. lav., ord. inter. 09.03.2017, n. 6101 s.m.
- Cass., sez. un., 16.02.2017, n. 4090 s.m.
- Cass., sez. un., 13.02.2017, n. 3702 s.m.
- Cass., sez. I, 07.02.2017, n. 3196 s.m.
- Cass., sez. un., 01.02.2017, n. 2610 s.m.
- Cass., sez. VI, 05.12.2016, n. 24743 s.m.
- Cass., sez. III, 22.11.2016, n. 23710 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Napoli, 27.02.2017 s.m.
- Trib. Napoli, sez. VIII civ., 20.02.2017, n. 2137
(con nota di Sorrentino)
- Trib. Roma, 17.02.2017 s.m.
- Trib. Napoli, 23.03.2017 s.m.
- Trib. Trani, 11.01.2017 s.m.
- Trib. Taranto, 06.12.2016 s.m.
- Trib. Bologna, 06.12.2016 s.m.
- Trib. Alessandria, 24.10.2016 s.m.
- Trib. Rovigo, 27.09.2016 s.m.
- Trib. Pescara, 02.09.2015 s.m.
- Trib. Cuneo, 19.08.2016 s.m.
- Trib. Torino, 16.07.2014 s.m.

Diritto e procedura penale

CORTE COSTITUZIONALE

- Corte cost., 31.05.2016, n. 200 (con nota di Ioppoli)

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. V, 24.03.2017, n. 17819
(con nota redazionale)
- Cass., sez. 1, sent. 28.02.2017, n. 11897 s.m.
- Cass., sez. 6, sent. 15.02.2017, n. 11550 s.m.

- Cass., sez. 2, sent. 15.02.2017, n. 9734 s.m.
- Cass., sez. 2, sent. 15.02.2017, n. 9220 s.m.
- Cass., sez. 2, sent. 15.02.2017, n. 9197 s.m.
- Cass., sez. 3, sent. 2.02.2017, n. 11572 s.m.
- Cass., sez. 3, sent. 2.02.2017, n. 11054 s.m.
- Cass., sez. 4, sent. 1.02.2017, n. 8118 s.m.
- Cass., sez. 2, sent. 1.02.2017, n. 6861 s.m.
- Cass., sez. 5, sent. 31.01.2017, n. 9167 s.m.
- Cass., sez. 2, sent. 24.01.2017, n. 8461 s.m.
- Cass., sez. un., sent. 19.01.2017, n. 18620
(con nota di Pignatelli)
- Cass., sez. 5, sent. 19.01.2017, n. 9729 s.m.
- Cass., sez. un., 7.11.2016, n. 46688
(con nota di Macchiarelli)
- Cass., sez. III, sent. 21.09.2016, n. 46170
(con nota di Cimmino)

CORTE DI APPELLO

- Corte Appello Napoli, sez. III, sent. 28.02.2017, n. 2072 s.m.
- Corte Assise Appello Napoli, sez. I, sent. 20.12.2016, n. 107 s.m.

G.I.P./ G.U.P.

- Napoli, G.I.P., ord. 9.03.2017, n. 115 s.m.
- Nola, G.I.P., sent. 9.02.2017, n. 86 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Avellino, sez. riesame, ord. 26.04.2017, n. 69 s.m.
- Trib. Avellino, G.M., sent. 7.03.2017, n. 466 s.m.
- Trib. Torre Annunziata, G.o.t., sent. 22.02.2017, n. 8 s.m.
- Trib. Napoli Nord, G.M., sent. 20.01.2017, n. 169 s.m.
- Trib. Nola, coll b) sent. 18.01.2017, n. 123 s.m.

Diritto Tributario

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. V, 29.03.2017, n. 8049 s.m.
- Cass. civ., sez. V, 3.2.2017, n. 2875 s.m.
- Cass. pen., sez. III, 27.2.2017, n. 9371 s.m.
- Cass. civ., sez. V, 10.3.2017, n. 6185 s.m.
- Cass. civ., sez. V, 31.3.2017, n. 8432 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte giust., sent. del 15.2.2017, C-592/15, *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs c. British Film Institute* s.m.

Corte giust., sent. del 16.3.2017, C-493/15, *Agenzia delle Entrate c. M. Identi* s.m.

Diritto amministrativo

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., sez. un., 29.3.2017, n. 8117 s.m.

Cass. Civ., sez. un., 22.3.2017, n. 7295 s.m.

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, sez. V, 27.4.2017, n. 1955 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 31.3.2017, n. 1501 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 22.3.2017, n. 1310 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 15.3.2017, n. 1172 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 14.3.2017, n. 1166 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 08.3.2017, n. 1094 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 08.3.2017, n. 1091 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 07.3.2017, n. 1084 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 06.3.2017, n. 1050 s.m.

Cons. Stato, sez. IV, 03.3.2017, n. 1006 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 02.3.2017, n. 975 s.m.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

T.a.r. Lazio, sez. I *quater*, 4.4.2017, n. 4190 s.m.

T.a.r. Calabria, sez. I, 15.3.2017, n. 209 s.m.

T.a.r. Lazio, sez. I *quater*, 4.4.2017, n. 4190 s.m.

T.a.r. Sardegna, sez. I, 21.4.2017, n. 275 s.m.

T.a.r. Lazio, sez. I *quater*, 4.4.2017, n. 4190 s.m.

T.a.r. Piemonte, sez. I, 27.3.2017, n. 414 s.m.

T.a.r. Lombardia, sez. II, 27.9.2016, n. 1749

(con nota di Longhi)

TRIBUNALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

T.r.g.a. Bolzano, 14.3.2017, n. 99 s.m.

Diritto internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte E.D.U., ricorso n. 21884/15, *Affaire Chowdury et autres c. Greece*, sentenza del 30.3.2017

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust., sez. VI, 30.3.2017, VG Čistoča

Corte giust. (Grande Sezione), 31 gennaio 2017, causa C-573/14, *Commissaire general aux refugies et aux apatrides c. Mustafa Lounani* (con nota di Giovarelli)

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA

Trib. Unione europea, Ordinanza del 6.4.2017, causa T-86/17 R

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.

Accenso al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 00 93 598

@ **per email** a: info@giapeto.it

