

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Marzo - Aprile 2015

Profili giuridici della stampa on-line

[PIEREMILIO SAMMARCO](#)

L'art. 612-*bis* c.p. tra (apparenti) vincoli di forma e potenzialità applicative: il caso dello *stalking* "a mezzo stampa"

[FABRIZIO RIPPA](#)

Il fermo amministrativo dei beni mobili registrati nella dinamica tra amministrazione pubblica e cittadino privato

[ASSUNTA BARATTA](#)

Il regolamento «Bruxelles I-*bis*» tra novità e conferme

[ALESSIA MARTINELLI](#)

in collaborazione con



PEGASO

Università Telematica

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 8 - Numero 2 - Marzo/Aprile 2015

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 S.u.r.l. - 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, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deodedito Litterio, Rita Lombardi, Raffaele Manfrellotti, Gaetanaarena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Daniele Marrama, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, 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, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, 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 valutazione *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.

A tale scopo la direzione del periodico 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

STAMPA E ALLESTIMENTO

Tavolario stampa, Napoli - aprile 2015

in collaborazione con



PEGASO

Università Telematica

D.M. 20/04/2006 G.U. n° 118 del 23/05/2006

SOMMARIO

Editoriale

LIBERTÀ E LIBERTINAGGIO DELLA INFORMAZIONE: IL DIRITTO ALL'OBLIO NELL'ERA DI INTERNET	5
di Francesco Fimmanò	

Diritto e procedura civile

PROFILI GIURIDICI DELLA STAMPA ON-LINE	8
di Pieremilio Sammarco	
DIVORZIO BREVE SÌ, DIVORZIO DIRETTO NO	15
di Rita Lombardi	
L'IMPATTO DEL D.LGS. N. 21/2014 SULLA DISCIPLINA CONSUMERISTICA. I "NUOVI" OBBLIGHI FORMATIVI PRECONTRATTUALI A TUTELA DEL CONSUMATORE	19
di Francesca Mite	
LA (IN)VALIDITÀ DELLA MODIFICA DEL RICORSO DI FALLIMENTO A MEZZO PEC. <i>Nota a App. Bologna, sez. III, 26.09.2014</i>	34
di Lucio Di Nosse	
LE SEZIONI UNITE PENALI INTERVENGONO PER "REGOLARE" I CONFINI TRA SEQUESTRO PER EQUIVALENTE E FALLIMENTO. <i>Nota a Cass., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17.03.2015), n. 11170</i>	42
di Giuseppe Saccone	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	56
RASSEGNA DI MERITO	59
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili. <i>Sentenza 6 marzo 2015, n. 4628</i>	62
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile. <i>Ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, 5 marzo 2015, n. 4447</i>	71
<i>In evidenza</i> - Tribunale di Napoli, Settima Sezione Civile. <i>Sentenza 2 febbraio 2015, n. 1551</i>	76

Diritto e procedura penale

INFORMAZIONE TELEMATICA E CENSURA GIUDIZIALE	82
di Giuseppe Riccio	
SULL'INOPPUGNABILITÀ DELLE ORDINANZE DI INCOMPETENZA DEL G.I.P. (ART. 22, C.P.P.). <i>Nota a Cass. sez. un. pen., 9 ottobre 2014, n. 42030</i>	88
di Monica Serra	
NE BIS IN IDEM E SANZIONI DISCIPLINARI DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. <i>Nota a Tribunale di Brindisi, Sezione penale, 17 ottobre 2014, n. 2881</i>	99
di Abgela Tocci	
L'ART. 612-BIS C.P. TRA (APPARENTI) VINCOLI DI FORMA E POTENZIALITÀ APPLICATIVE: IL CASO DELLO <i>STALKING</i> "A MEZZO STAMPA"	108
di Fabrizio Rippa	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	131
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	142
RASSEGNA DI MERITO	145

Diritto amministrativo

IL FERMO AMMINISTRATIVO DEI BENI MOBILI REGISTRATI NELLA DINAMICA TRA AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E CITTADINO PRIVATO	152
di Assunta Baratta	

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)	167
--	-----

Diritto tributario

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E CONTENZIOSO TRIBUTARIO	172
di Carlo Buonauro	
RASSEGNA DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA TRIBUTARIA	177

Diritto internazionale

IL REGOLAMENTO «BRUXELLES I-BIS» TRA NOVITÀ E CONFERME	182
di Alessia Martinelli	
EFFETTO SOSPENSIVO DEL RICORSO CONTRO DECISIONI DI RIMPATRIO IN CASO DI SERIO RISCHIO DI DETERIORAMENTO DELLE CONDIZIONI DI SALUTE E OBBLIGO DI PRENDERE IN CARICO NEL FRATTEMPO LE NECESSITÀ PRIMARIE. <i>Nota a Sentenza della Corte di Giustizia - Grande Sezione - del 18 dicembre 2014</i> (<i>Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, causa C-562/13</i>)	189
di Ermelinda Balbo	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	200

Ordinamento giudiziario

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI. L'ANALISI DI UNA SCELTA SBAGLIATA	204
di Aldo Aceto, Stefano Amore, Mario Fiore, Giuseppe Marra, Paola Mastroberardino	

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

<i>Quid iuris</i> se una disfunzione del sistema nel processo civile telematico determina la decadenza della parte? In quali casi il giudice deve discrezionalmente disporre la rimessione in termini <i>ex artt.</i> 153 e 294 c.p.c.?	220
di Daniele Graziano	

DIRITTO PENALE

La sanzione disciplinare già inflitta rende improcedibile l'azione penale avente ad oggetto gli stessi fatti? Il principio del <i>ne bis in idem</i> e la giurisprudenza della Corte EDU.	222
di Giacomo Romano	

DIRITTO AMMINISTRATIVO

È possibile ricorrere all'istituto della monetizzazione delle aree a <i>standard</i> in sede di rilascio del titolo edilizio nel caso in cui quest'ultima non sia prevista da un atto convenzionale?	227
di Elia Scafuri	

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA L. 162/2014: LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA	232
di Gian Andrea Chiesi	
IL "NUOVO" PROCESSO ESECUTIVO	235
di Valentina Vitulano	
LA MODIFICA DELL'ART. 2103 DEL CODICE CIVILE	244
di Guglielmo Cinque	
I CONTRATTI DI GODIMENTO IN FUNZIONE DELLA SUCCESSIVA ALIENAZIONE DI IMMOBILI: GLI ASPETTI FISCALI ALLA LUCE DELLA CIRCOLARE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE N. 4/E DEL 19.2.2015	248
di Teodora Scarfò	
NOTIFICHE PENALI TELEMATICHE ED S.N.T.: UN PRIMO BILANCIO A CIRCA TRE MESI DAL 15 DICEMBRE 2014	257
di Valeria Bove	

Recensioni

LA LEGISLAZIONE PENALE IN MATERIA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA, MISURE DI PREVENZIONE ED ARMI. A cura di Vincenzo Maiello, Giappichelli, 2015	266
di Andrea Alberico	

INDICE DELLE SENTENZE	269
-----------------------------	-----

Francesco Fimmanò
Direttore Scientifico Università Telematica Pegaso

Editoriale

Libertà e libertinaggio della informazione: il diritto all'oblio nell'era di internet

L'era in cui viviamo è convenzionalmente definita "dell'informazione", che è un concetto fisico nuovo, nato in ambito tecnologico e che ha contaminato un gran numero di discipline scientifiche ivi comprese la filosofia, la psicologia e le scienze sociali. L'informazione per sua natura è "espansiva" perché "produce per partenogenesi altra informazione".

La nascita e lo sviluppo di internet ha potenziato tutto questo in modo esponenziale: una certa notizia, una volta immessa nel circuito telematico, si diffonde rapidamente con modalità definite virali e diventa reperibile in aeternum o comunque a distanza di anni.

Per questa ragione, il danno che la reputazione di taluno soffre in virtù del contenuto diffamatorio di una notizia non si esaurisce, come accade per la stampa, nel momento della pubblicazione, ma è di fatto "permanente" ed anzi, attraverso il richiamo che a quella notizia fanno altre fonti di informazione ed ai commenti che essa genera nei cd. blog e nei social, è destinata rapidamente a propagarsi. La permanenza o la ultrattività dell'articolo sulla rete, circola incessantemente attraverso i canali telematici, dal momento che altri siti web richiamano a loro volta contenuti informativi presenti altrove, "creando un percorso ininterrotto e senza fine. In sostanza, la rete, attraverso i suoi utenti, si autoalimenta di contenuti informativi reperiti dentro di sé e li riproduce in repliche creando nuove ma pur sempre identiche fonti di informazione". Il pregiudizio prodotto diventa oggettivamente irreparabile, se si considerano le caratteristiche proprie della rete, per le quali risulta spesso impossibile che una data notizia, una volta immessa, possa essere definitivamente eliminata dal mondo del web, essendo destinata a quella che è stata definita, con espressione suggestiva, la "eternità mediatica".

Ciò ha indotto recentemente il Tribunale di Napoli (Presidente Como - Relatore Sacchi) a superare tutte le note questioni che tradizionalmente si sono poste in relazione a "provvedimenti cautelari" in tema di informazione e ad ordinare non solo la eliminazione dell'articolo diffamatorio e dei relativi blog connessi, ma a "deindicizzarli" presso i principali motori di ricerca. Sul piano processuale i giudici partenopei hanno evidenziato come l'oscuramento transitorio dall'archivio visibile a differenza del sequestro non spossa né sottrae l'informazione al veicolo, ma ne evita la propagazione sino a quando il giudice non abbia deciso nel merito.

Le stesse considerazioni sembrano poste alla base delle recenti Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, che con la sentenza del 29 gennaio 2015 (le cui motivazioni non sono ancora state depositate), da una parte superano i dubbi dei giudici di legittimità sulla sequestrabilità di un sito web mediante il suo oscuramento e dall'altra ne limitano la sua praticabilità nei confronti di una testata giornalistica telematica, lasciando spazio agli strumenti che non ne comportino la privazione. Il Primo Presidente della Corte aveva assegnato alle Sezioni Unite il ricorso avverso il provvedimento con il quale un Tribunale del riesame aveva confermato il decreto di sequestro preventivo della pagina telematica di un giornale on line, mediate oscuramento della stessa.

La differenza rispetto al passato è appunto la "pervasività" di internet destinato a marchiare a vita una persona fisica o giuridica e quindi a danneggiarne la reputazione, anche quando si tratta di notizia vera, che però nel tempo può diventare superata, modificata, inattuale e quindi diffamatoria. Mentre la carta stampata viene conservata per un tempo limitato per poi cadere nel dimenticatoio, una ricerca su Google o su altro motore, può riportare alla luce una notizia vecchissima, che in quanto tale potrebbe essere priva di concreto interesse pubblico visto che "la vita è un evento dinamico".

Infatti recentemente il garante della privacy ha riconosciuto, per la prima volta, un diritto all'oblio, seppur in forma minore, con il provvedimento n. 618 del 18 dicembre 2014, reso noto qualche settimana fa con la newsletter n. 400 del 31 marzo 2015. La questione è quella della cancellazione dei risultati delle ricerche effettuate sui motori generali, che gli interessati hanno diritto di ottenere, come sancito dalla famosa sentenza Google Spain della Corte di giustizia Ue del 13 maggio 2014 resa nella causa C 131/12.

Il provvedimento non riconosce il diritto "all'oblio in senso assoluto", in quanto il diritto del singolo a oscurare il dato deve essere bilanciato con il diritto della collettività a essere informata. In buona sostanza reputazione e privacy non devono essere una scusa per la censura, ma si tratta di valori fondamentali che non possono a contrario tollerare violazioni indiscriminate. Altro aspetto del problema è lo snippet e cioè le sintesi automatiche generate da Google e poste a corredo dei risultati di ricerca, che non sempre rispecchiano la notizia. A questo proposito il garante ha stabilito che se il sunto risulta fuorviante, in

quanto non in linea con la narrazione dei fatti riportati nell'articolo, allora se ne può chiedere l'eliminazione.

In realtà a maggio 2014, a seguito della sentenza *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González* in cui un avvocato spagnolo che aveva avuto dei problemi con dei creditori chiedeva venissero rimossi i link che riportavano il suo nome, la corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che gli individui hanno il diritto di chiedere ai motori di ricerca, come Google che era il convenuto nel processo, di rimuovere alcuni risultati che li riguardano. La Corte ha deciso che i motori di ricerca devono rimuovere ogni contenuto a seguito della richiesta e che possono mostrare solo certi risultati che sono di pubblico interesse. Non ha però specificato cosa significhi questa ultima parte e quindi ha lasciato ai motori l'onere di decidere cosa sia di pubblico interesse.

The right to be forgotten esige l'individuazione di un punto di equilibrio con la libertà di espressione e d'informazione di cui all'art. 11 della Carta Diritti Fondamentali dell'UE. In Svezia, Repubblica Ceca e Grecia non si nega la configurabilità del diritto, ma si tende ad escludere la esigibilità diretta nei confronti dei motori di ricerca. Le Autorità giurisdizionali e amministrative tedesche ed inglesi, analogamente a quelle statunitensi, ritengono tendenzialmente prevalente l'interesse generale alla conoscenza delle informazioni, opposto al diritto all'oblio. In Spagna, Svizzera, Francia si ammette la competenza nazionale per un'azione diretta nei confronti degli operatori di motori di ricerca.

Gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, secondo la Corte, devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi. L'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe solo qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù della menzionata inclusione, all'informazione di cui trattasi.

Anche la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata sul diritto all'oblio, riconoscendone l'esistenza, e lo ha configurato non solo come il diritto dell'interessato di opporsi alla pubblicazione di un dato personale che lo riguardi o di ottenerne il blocco o la cancellazione, ma soprattutto come il diritto alla contestualizzazione e alla rappresentazione integrale dell'identità della persona. Ha infatti affermato la Corte che «deve riconoscersi al soggetto cui appartengono i dati personali oggetto di trattamento, il diritto all'oblio, vale a dire al relativo controllo a tutela della propria immagine sociale, che anche quando trattasi di notizia vera, e a maggior ragione se di cronaca, può tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e all'aggiornamento dei medesimi e, se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione».

Il Garante Privacy ha ritenuto che gli editori debbano perciò: «predisporre, nell'ambito dell'archivio storico on line del quotidiano ... un sistema di aggiornamento/integrazione degli articoli idoneo a fornire ai lettori utenti della banca dati l'immediata visibilità degli sviluppi delle notizie in essi riportati (ad esempio mediante inserimento di una nota accanto o sotto al titolo) e in modo tale che gli sviluppi medesimi emergano già nell'anteprima dell'articolo (abstract) presente tra i risultati del motore di ricerca dell'archivio storico».

Insomma esiste ormai nell'ordinamento un diritto a non restare indeterminatamente esposti ai danni ulteriori che la reiterata pubblicazione di una notizia può arrecare all'onore e alla reputazione, salvo che, per eventi sopravvenuti, il fatto precedente ritorni di attualità e rinasca un nuovo interesse pubblico all'informazione. Per reiterare legittimamente notizie attinenti a fatti remoti nel tempo, è necessario il rilevante collegamento con la realtà attuale e la concreta utilità della notizia, da esprimersi sempre nei vincoli della cosiddetta "continenza espositiva".

Il diritto all'oblio non configura solo – semplicisticamente – la possibilità di ottenere la cancellazione di un pezzo di memoria storica allo scopo di tutelare un diritto fondamentale, ma soprattutto un diritto all'integrità di tale memoria, che va resa disponibile, a garanzia di altri diritti fondamentali, quali quello di espressione e di libera manifestazione del pensiero nonché del concreto interesse pubblico all'informazione, ma senza che ne risulti travolto e compromesso il diritto fondamentale del singolo alla completezza, correttezza ed attualità delle informazioni che lo riguardano e che contribuiscono a determinarne il valore irrinunciabile e primario della identità sociale.

Insomma la "libertà dell'informazione" non deve mai diventare "libertinaggio": la prima è la condizione per cui un individuo può decidere di agire senza costrizioni, usando la volontà di accingersi all'azione, ricorrendo ad una libera scelta dei fini e degli strumenti che ritiene utili a metterla in atto; la seconda è la condizione dell'individuo che fa tutto quello che asseconda la sua egoistica volontà, anche se ciò significa andare contro i diritti fondamentali e le libertà degli altri.

Diritto e procedura civile

PROFILI GIURIDICI DELLA STAMPA ON-LINE	8
di Pieremilio Sammarco	
DIVORZIO BREVE SÌ, DIVORZIO DIRETTO NO.....	15
di Rita Lombardi	
L'IMPATTO DEL D.LGS. N. 21/2014 SULLA DISCIPLINA CONSUMERISTICA. I "NUOVI" OBBLIGHI FORMATIVI PRECONTRATTUALI A TUTELA DEL CONSUMATORE	19
di Francesca Mite	
LA (IN)VALIDITÀ DELLA MODIFICA DEL RICORSO DI FALLIMENTO A MEZZO PEC. <i>Nota a App. Bologna, sez. III, 26.09.2014</i>	34
di Lucio Di Nosse	
LE SEZIONI UNITE PENALI INTERVENGONO PER "REGOLARE" I CONFINI TRA SEQUESTRO PER EQUIVALENTE E FALLIMENTO. <i>Nota a Cass., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17.03.2015), n. 11170</i>	42
di Giuseppe Saccone	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	56
RASSEGNA DI MERITO	59
<i>In evidenza</i> Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili. <i>Sentenza 6 marzo 2015, n. 4628</i>	62
<i>In evidenza</i> Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile. <i>Ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, 5 marzo 2015, n. 4447</i>	71
<i>In evidenza</i> Tribunale di Napoli, Settima Sezione Civile. <i>Sentenza 2 febbraio 2015, n. 1551</i>	76



Profili giuridici della stampa on-line

abstract

In this article, the author analyzes the rules applicable to the online libel.

Since the rules of "standard" libel are not applicable to the online case, the author focuses on the applicability of art. 700 c.p.c. in order to obtain the removal of the published libelous article.

Finally, the author analyzes the criteria that the judge needs to take into account to determine the compensation: persistency on the network of the harmful information, its availability at any time and everywhere, and its ease of reproduction.

keywords

Press on line – On line libel – Art. 700 c.p.c. – Compensation.

abstract

Nel presente saggio l'Autore analizza le tutele giuridiche applicabili nei confronti di articoli pubblicati on line e considerati diffamatori. Rilevando l'impossibilità di applicare alla materia la stessa normativa vigente in materia di stampa, l'autore si sofferma sull'ammissibilità dell'inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. per conseguire il risultato della rimozione dell'articolo di stampa considerato diffamatorio.

Infine, l'autore analizza anche i criteri che il giudice dovrebbe seguire per il calcolo del risarcimento del danno prodotto dall'articolo diffamatorio: l'immanenza dell'informazione lesiva sulle reti di comunicazione elettronica, la sua fruizione in ogni momento ed in ogni dove e la sua facile riproducibilità.

parole chiave

Stampa on line – Diffamazione a mezzo stampa on line – Art. 700 cpp. – Risarcimento del danno.

sommario

1. Impossibilità dell'applicazione delle norme sulla stampa alla stampa on-line. – 2. Le potenzialità della rete e dei motori di ricerca. – 3. Sull'ammissibilità dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. per la rimozione di articoli diffamatori pubblicati su Internet. – 4. Profili risarcitori propri della diffamazione on-line.

1. Impossibilità dell'applicazione delle norme sulla stampa alla stampa on-line

Come è noto, ai sensi della legge sulla stampa (legge 8 febbraio 1948, n. 47), sono considerate stampe o stampati le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione.

Dunque affinché possa parlarsi di stampa occorrono due condizioni:

- che vi sia una riproduzione tipografica;
- che il prodotto di tale attività tipografica sia destinato alla pubblicazione attraverso una effettiva distribuzione tra il pubblico.

La giurisprudenza ritiene che la pubblicazione su Internet o comunque sulle reti di comunicazione elettronica difetti di entrambi i requisiti, atteso che non consiste in molteplici riproduzioni su più supporti fisici di uno stesso testo redatto in originale, al fine della sua distribuzione presso il pubblico. Il testo pubblicato su Internet esiste solamente nella pagina di pubblicazione e per essere visualizzato necessita degli schermi, o meglio di un apparato di mediazione, mentre la stampa tipografica è immediatamente fruibile dal lettore¹.

Vi è, in sostanza, una analogia con le notizie trasmesse dai telegiornali, tant'è che, per la diversità strutturale dei mezzi di comunicazione, la giurisprudenza ha negato un'assimilazione quanto alla regolamentazione².

Nel contesto digitale, inoltre, la pubblicazione delle informazioni, a differenza di quanto avviene con la stampa e con l'attività televisiva, necessita dell'intervento di un terzo soggetto: il *provider* che gestisce, secondo diverse modalità, la presenza delle informazioni sulla rete.

Né è dato ricomprendere il giornalismo *on-line* nel concetto di stampa periodica per effetto della legge 62/2001 che ha introdotto la nozione di prodotto editoriale (art. 1) inteso come bene realizzato anche su supporto informatico destinato alla pubblicazione o comunque alla distribuzione delle informazioni presso il pubblico, dal momento che non vi è in quest'ultimo testo un espresso richiamo delle singole disposizioni

¹ Cass. pen., 16 luglio 2010 n. 35511, in *Foro it.*, 2011, 2, 236.

² Cass. pen., 3 febbraio 1989, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 74 e prima ancora Corte Cost., 22 ottobre 1982, n. 168, in *Foro it.*, 1982, I, 2702, con nota di R. PARDOLESI.

della legge sulla stampa. Tale intervento normativo consente di attribuire la qualifica di giornale o periodico a quei siti *web* che chiedono la registrazione della testata al Tribunale competente per territorio e di ottenere le provvidenze pubbliche, come la dottrina più acuta aveva rilevato all'indomani della pubblicazione della citata legge³, interpretazione confermata poi dall'interpretazione autentica dell'art. 7, comma 3, del d.lgs. 70/2003.

Per tali ragioni, la giurisprudenza della Suprema Corte ha escluso l'assoggettabilità delle testate *on-line* agli obblighi di registrazione stabiliti per la stampa cartacea, non presentando le prime i requisiti della riproduzione tipografica, con mezzi fisico-chimici, né la destinazione al pubblico del risultato di tale attività⁴.

Le stesse considerazioni devono essere fatte per le riproduzioni digitali di testate tradizionali immesse nelle reti di comunicazione elettronica; le prime, invero, sono per funzioni, proprio dei giornali che, al di là, del requisito della materialità, non divergono dai loro corrispondenti cartacei. E proprio per questo trattamento differenziato, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, si va a generare all'interno dell'ordinamento una "situazione di tensione" rispetto al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. verso la quale solo il legislatore può porre rimedio⁵.

Così, oltre alla non applicabilità delle garanzie costituzionali in tema di sequestro di stampati a quanto pubblicato in rete, alla riparazione pecuniaria, all'aggravante speciale per la diffamazione per l'attribuzione di un fatto determinato ed alla punizione per la pubblicazione di periodici in assenza di registrazione, viene ritenuto non applicabile al direttore responsabile del periodico *on-line* l'art. 57 c.p. che sanziona l'omesso controllo sui contenuti pubblicati⁶. E il direttore del giornale telematico risponderà invece a titolo di concorso doloso nel delitto di diffamazione (595 e non 57) laddove sia d'accordo con l'autore della pubblicazione lesivo dell'altrui reputazione e nei casi in cui lo scritto sia anonimo.

Ad onor del vero, va anche osservato, però, che il mezzo telematico offre la possibilità di avere un aggiornamento continuo ed immediato dell'informazione pubblicata, con la possibilità di poter eventualmen-

te correggerla subito dopo ed eliminare la sua capacità lesiva; inoltre, il giornalismo *on-line* incarna il cd. giornalismo partecipativo, in cui i lettori/utenti contribuiscono alla realizzazione dei contenuti informativi, attraverso la pubblicazione di post, di commenti, messaggi istantanei, forum, di sondaggi, rendendo, in questo modo, assai più ampia la base informativa, così da far diventare inesigibile un controllo continuo, pregnante e completo da parte del direttore responsabile⁷.

L'attuale assetto normativo, in verità, non affronta in alcun modo le innovative e svariate forme di comunicazione che, seppur non p. equiparate sul piano formale alla stampa ed all'editoria, assolvono alle stesse funzioni e sono idonee a raggiungere un pubblico assai più vasto e potenzialmente smisurato. Tutte queste comunicazioni hanno un minimo comune denominatore: sono basate sulla veicolazione delle informazioni attraverso la rete Internet che, con le sue potenzialità, consente a chiunque, anche con scarse risorse e pochi mezzi, di porsi in un regime di concorrenza, quantomeno potenziale, con quello degli editori tradizionali (fenomeno c.d. *one man newspaper*)⁸.

Tuttavia, occorre avere la consapevolezza e prendere coscienza del fatto che la veicolazione delle informazioni nel pubblico sta subendo un processo di profonda ed irreversibile trasformazione: la carta stampata sta progressivamente e velocemente cedendo il passo all'informazione digitalizzata presentata all'interno di contesti diversi in cui dominano le tecnologie di comunicazione informatica. È noto il caso di periodici conosciuti in tutto il mondo che decidono di abbandonare le rotative per seguire unicamente il mondo digitale. E, proprio per queste ragioni, si impone

⁷ La forma di giornalismo che vede la partecipazione attiva dei lettori, definita anche "giornalismo collaborativo", o *citizen journalism* od anche *street journalism*, anche se prevede diversi livelli di coinvolgimento diretto degli utenti, sta sovvertendo il paradigma classico dell'informazione al pubblico, in cui vi è solamente un flusso informativo unidirezionale, per contemplare invece una partecipazione attiva dei lettori, che a loro volta, in quel medesimo contesto, possono svolgere lo stesso ruolo del giornalista. Inoltre, non possono essere dimenticate quelle forme di giornalismo partecipativo fondato prossocché esclusivamente da immagini video caricate su piattaforme accessibili a qualunque utente della rete (es. *Youreporter*) che, in tempo reale, diffondono rappresentazioni dell'evento. Sul tema, A. CIMAROSTI, *Te la dò io la notizia!*, Milano, 2013.

⁸ Ci sembra, invero, che l'attività informativa, un tempo all'appannaggio del solo giornalista, per effetto della rete telematica, sia ora mutata nella sua struttura e nella sua estrinsecazione; questo poiché le testate giornalistiche non hanno più l'esclusiva sull'attività informativa perché attraverso i blog, i *social network* ed altri canali di trasmissione telematica milioni di utenti in tutto il mondo possono diffondere le notizie in tempo reale e commentare i fatti di cronaca, a volte anticipando anche i giornalisti di professione. Inoltre, non va sottovalutato il fenomeno che vede gli operatori economici produrre e distribuire su Internet dei personali ed autonomi canali informativi ricchi di contenuti anche eterogenei tra loro in cui vi è una commistione ed un labile confine tra attività informativa e attività promozionale.

³ V. ZENO-ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 2, orientamento poi seguito anche dalle corti di merito: Trib. Milano, 28 maggio 2002, in *Foro ambr.*, 2002, p. 322; Trib. Salerno, 16 marzo 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 85.

⁴ Cass. pen., 11 dicembre 2008, n. 10535, anche su *Dir. inf.*, 2009, 508, con nota di L. BACCHINI.

⁵ Cass. pen., 5 marzo 2014, n. 10594.

⁶ Cass. pen., 16 luglio 2010, n. 35511 in *Foro it.*, 2011, 2, 236 e Cass. pen., 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Foro it.*, 2012, 2, 1; Cass. pen., 16 dicembre 2011, n. 9907, in *Foro it.* 2013, 2, 251; in dottrina, C. MELZI D'ERIL, *Roma locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica on line*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 899.

un aggiornamento dell'attuale regime giuridico della stampa e dell'editoria anche in ragione dell'aumento dei casi di lesione dei diritti della personalità in rete per effetto della moltiplicazione dei canali di trasmissione. E questo perché le informazioni, le notizie ed i commenti sono pubblicati all'interno di siti Internet (non sempre riferibili alle testate tradizionali), per mezzo dei *blog*, dei forum, sondaggi, dei *social network* ed anche per il tramite dei motori di ricerca e delle piattaforme informatiche che pubblicano i contenuti audiovisivi⁹.

In aggiunta a questi rilievi, si registra il fenomeno secondo cui sempre più un soggetto è contemporaneamente fruitore e produttore di contenuti informativi, sommando dunque a sé caratteristiche dissimili. E proprio questa disegualianza di funzioni con coincidenza di ruoli in un unico soggetto produce la trasformazione della rete ed il suo esponenziale successo. In questa metamorfosi strutturale, si può affermare che gli utenti non vogliono solo usare il *web*, ma farlo; non ci si accontenta più di leggere le pagine *web*, ora gli utenti le vogliono scrivere, commentando fatti di cronaca, attribuendo giudizi sull'operato di persone, partecipando, talvolta in modo illusorio, al dibattito culturale del paese¹⁰.

Tali forme comunicative, naturalmente, come visto, non possono essere equiparate alla stampa e né essere assoggettate alle norme per l'editoria, ma hanno delle capacità lesive dei diritti della personalità altrui potenzialmente più forti. Questo perché, a differenza delle tradizionali pubblicazioni a mezzo stampa o

televisive che, col tempo, sono destinate ad essere accantonate o, comunque, a perdere quel requisito di attualità, un articolo di stampa pubblicato su Internet e lesivo degli altrui diritti della personalità, in virtù della perpetuità della rete, della sua ininterrotta capacità di rendere sempre presente ed effettiva la lesione ai diritti della personalità, dell'opera incessante dei motori di ricerca, è in grado di provocare un danno maggiore rispetto alle forme tradizionali della comunicazione che, con il passare del tempo, sono destinate ad esaurire il loro ciclo di vita, quanto meno riguardo il profilo dell'interesse della notizia da parte del pubblico¹¹.

2. Le potenzialità della rete e dei motori di ricerca

Un articolo giornalistico pubblicato su Internet considerato lesivo dei diritti della personalità altrui è in grado di provocare un danno maggiore rispetto alle tradizionali pubblicazioni a mezzo stampa o televisive. Queste ultime, infatti, col tempo, sono destinate ad essere accantonate o, comunque, a perdere quel requisito di attualità; mentre la rete, in virtù delle sue caratteristiche tecniche, garantisce all'informazione la sua costante accessibilità e completa conoscenza da parte dell'utente che, avvalendosi della straordinaria potenza dei motori di ricerca, è in grado di attingere con estrema facilità al complesso di dati informativi riferiti a qualunque soggetto e questo in qualunque momento, da ogni dove e ora anche per mezzo di un qualunque dispositivo dotato di connessione (*anytime, anywhere, anydevice*).

Si è di fronte ad un infinito spazio comunicativo pubblico in cui le informazioni sono perennemente e agevolmente accessibili. In un siffatto scenario, sono costantemente indeboliti e minacciati i diritti della personalità di ciascun individuo che si trova esposto ad ogni forma di rappresentazione.

Non appena un dato informativo viene immesso su Internet esso subito dopo viene riconosciuto dai motori di ricerca e memorizzato per essere poi richiamato e visualizzato attraverso il comando degli utenti. Esso diviene così sempre eternamente pubblico ed accessibile ed il decorso del tempo viene neutralizzato dalla tecnologia ed esso non è più in grado di smorzare l'attualità. E, per giunta, se le notizie pubblicate in rete sono diffamatorie o comunque lesive della personalità, è estremamente difficile, forse, in qualche caso, addirittura impossibile, cancellarle e interromperne l'efficacia offensiva. Infatti, se pure si è ottenuto un provvedimento giudiziario inibitorio alla sua ulteriore pubblicazione, è altamente probabile che l'articolo giudicato lesivo sia ancora presente sulla rete e quindi liberamente accessibile da chiunque, e questo per due ordini di ragioni: la prima per effetto della precipua attività compiuta dai motori di ricerca e la seconda per-

⁹ Nelle esperienze straniere, soprattutto in quelle di *common law*, si registrano timidi tentativi della giurisprudenza di qualificare come editore il soggetto che appronta e gestisce i *blog* informativi, attribuendogli tale ruolo per acquiescenza, per non aver cioè prontamente rimosso i contenuti informativi diffamatori preventivamente segnalatigli: cfr. *Court of Appeal of England and Wales*, 14 febbraio 2013, in *Dir. inf.*, 2013, p. 732, con nota di T. SCANNICCHIO.

¹⁰ Gli utenti di Internet, tuttavia, per lo più, realizzano questa costruzione dentro perimetri già preventivamente definiti dai maggiori operatori della rete con i *social network*, che mettono a disposizione le loro piattaforme tecniche capaci di ospitare e contenere gli eterogenei messaggi informativi immessi dagli stessi utenti. All'interno di questi confini, la rete dunque si infittisce continuamente di contenuti informativi per effetto della presenza attiva degli utenti, che, aderendo ai termini di servizio predisposti dai maggiori protagonisti della rete, possono compiere le attività desiderate. In virtù della crescente ed esponenziale pandemia di utenti che utilizzano i *social network*, la rete cresce e si trasforma sotto l'egida ed il controllo strutturale e formale dei grandi operatori di Internet, i quali sono gli unici in grado di dirigere e sovrintendere l'eterogeneo flusso informativo di dati attraverso la predisposizione di regole e di termini di uso dei servizi offerti. Da qui l'enorme rilevanza di tali convenzioni pattizie a cui ciascun utente di Internet, che si avvale dei servizi informativi più diffusi, deve sottostare. Per approfondimenti sui profili giuridici, segnatamente contrattuali e di responsabilità, cfr. P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 631.

¹¹ In questo senso, Trib. Trani, 24 novembre 2009, in *Dir. inf.*, 2010, p. 261, con nota di P. SAMMARCO, *Diffamazione on-line e nuovi criteri per la determinazione dell'importo risarcitorio*.

ché un articolo di stampa, generalmente, viene ripreso e pubblicato da altre fonti informative che assumono un ruolo ed una funzione analoga (quali, ad esempio, altre testate giornalistiche, rassegne stampa, siti *web* di vario genere e ora sempre più prepotentemente, i *social network*)¹².

Quanto al primo aspetto, l'articolo diffamatorio può risultare ancora presente e dunque oggetto di lettura da parte dagli utenti della rete perché i motori di ricerca memorizzano e classificano incessantemente le informazioni ed i dati reperiti su Internet all'interno della memoria digitale dei propri elaboratori elettronici che compongono il sistema informatico che consente il loro funzionamento¹³. In questo modo, anche se un'informazione od un determinato dato non fossero più pubblicati (*on-line*) dal loro titolare, il motore di ricerca, sfruttando la base di dati contenuta all'interno della memoria dei propri elaboratori elettronici, riuscirebbe ugualmente a fornire al proprio utente come risultato dell'interrogazione le medesime risorse informative¹⁴.

Inoltre, un'informazione, ed è questo il secondo aspetto che consente la permanenza o la ultrattività dell'articolo di stampa sulla rete, circola incessantemente attraverso i canali telematici, dal momento che altri siti *web* richiamano a loro volta contenuti informativi presenti altrove, creando un percorso circolare ininterrotto e senza fine. In sostanza, la rete, attraverso i suoi utenti, si autoalimenta di contenuti informativi reperiti dentro di sé e li riproduce in repliche creando nuove ma pur sempre identiche fonti di informazione, che se considerati lesivi dei diritti della

personalità altrui, è estremamente difficile, in concreto, rimuovere.

3. Sull'ammissibilità dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. per la rimozione di articoli diffamatori pubblicati su Internet

In caso di contrasto tra la libertà di manifestazione del pensiero e la esigenza di tutela dei diritti della personalità, il giudice, chiamato ad esprimersi per accordare la protezione a questi ultimi, procede ad un giudizio di comparazione e di prevalenza, alla stregua dei criteri previsti dalla legge o che si desumono dai principi dell'ordinamento, e nel caso in cui ritenga prevalente il diritto della persona (anche in ragione della entità della lesione, tale da assumere rilevanza penale), dovrà riconoscere — per un principio anch'esso costituzionalmente garantito *ex art. 24 Cost.* — una tutela piena che possa esprimersi anche nella forma della tutela cautelare tipica e atipica.

Tuttavia, come è noto, in materia di stampa, vi sono delle limitazioni alla ammissibilità del sequestro, in virtù del dettato dell'art. 21 Cost. ed alle disposizioni della legge sulla stampa (art. 1 del r.d. legislativo 561/1946) che ritengono ammissibile tale misura solamente in presenza di una sentenza irrevocabile emessa dall'autorità giudiziaria; e, quando lo stesso regio decreto prevede ipotesi di sequestro preventivo, le limita a quelle "pubblicazioni o stampati che ai sensi della legge penale sono da ritenere osceni o offensivi della pubblica decenza" (art. 2), nonché alle pubblicazioni che costituiscono apologia del fascismo (art. 8 legge n. 645/1952), ipotesi, non riconducibili ai più frequenti casi di lesione dei diritti della personalità, quale l'onore, la reputazione, l'identità personale o la riservatezza¹⁵.

Al riguardo, un orientamento minoritario della giurisprudenza ritiene che lo strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. attivato per la rimozione di articoli di stampa pubblicati *on-line* su Internet all'interno di testate telematiche sconti le citate limitazioni riportate nell'art. 21 Cost. sulla base di una pretesa sostanziale equiparazione del provvedimento inibitorio richiesto ad un provvedimento di sequestro preventivo proprio del processo penale e contemplato dall'art. 321 c.p.p. In base a tale supposta assimilazione del provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* con la misura del sequestro preventivo previsto dall'art. 321 c.p.p. che, ricordiamo viene emesso (con decreto) dal giudice per le indagini preliminari allorché ci sia il rischio che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa protrarre o aggravare le conseguenze di un reato o consentire la commissione di nuovi reati o, infine,

¹² Sull'obbligo di espunzione dell'articolo giornalistico ritenuto diffamatorio dagli archivi on-line della testata, si segnala App. Milano, 27 gennaio 2014, in *Dir. inf.*, 2014, p. 831.

¹³ Per approfondimenti, sia consentito rimandare a P. SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 621.

¹⁴ Al riguardo, si deve tuttavia segnalare che in virtù della rilevante pronuncia della Corte di Giustizia UE del 13 maggio 2014, causa C-141/12, in *Dir. inf.*, 2014, p. 535, gli artt. 12, lett. b) e 14, primo comma, lett. a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio al diretto interessato. Così l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati e questo perché i diritti fondamentali prevalgono, in linea di principio, non solo sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse del pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona.

¹⁵ In materia di stampa ed in presenza di delitti di diffamazione, dunque, l'unico sequestro che non subisce le limitazioni costituzionali e quelle dettate dalla disciplina speciale è quello probatorio; *ex multis*, Cass. pen., 7 dicembre 2007, n. 7319 e Cass. pen., 24 gennaio 2006, n. 15961.

quando la cosa sia soggetta a confisca *ex art.* 240 c.p., la domanda cautelare rivolta al giudice civile e diretta ad ottenere un provvedimento di rimozione dal sito *web* dell'articolo considerato lesivo dei diritti della personalità del ricorrente, viene rigettata.

In queste ipotesi, assimilando le testate telematiche alle pubblicazioni periodiche cartacee, si ritiene che la richiesta rivolta all'autorità giudiziaria civile avente ad oggetto la rimozione di contenuti illeciti da siti di informazione presenti su Internet dovesse essere assoggettata agli stessi stringenti limiti sanciti per il sequestro di prodotti editoriali stampati¹⁶. Pertanto, secondo questa interpretazione, in assenza dei presupposti che giustificano il sequestro della stampa, va rigettato il ricorso *ex art.* 700 c.p.c. proposto da chi, lamentando la lesione del diritto alla riservatezza o dell'onore e della reputazione, chiedeva che fosse ordinata in via d'urgenza la rimozione di articoli o filmati dai siti *web* di alcune testate telematiche.

Va, invero, contrastato tale orientamento interpretativo che erroneamente vede con favore l'equiparazione della misura cautelare atipica emessa dal giudice civile con quella tipica del sequestro preventivo propria del processo penale. Infatti, quest'ultimo è una misura cautelare reale che incide sulla disponibilità della cosa e non anche su di un'obbligazione di *facere* rivolta a terzi; più precisamente, esso ha carattere reale, nel senso che ha ad oggetto l'apprensione di una *res*, pur non necessariamente materiale in senso stretto, cioè tangibile¹⁷. La cosa oggetto della misura cautelare penale viene così sottratta alla disponibilità del suo titolare sia perché è connessa al reato, vale a dire perché ha "un vincolo di pertinenzialità con il reato"¹⁸, sia perché

¹⁶ In tal senso, Trib. Napoli, 13 gennaio 2015, inedita; Trib. Padova, ord., 1 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3225 e in *Dir. inf.*, 2009, p. 768, con nota adesiva di I.P. CIMINO; Trib. Roma, ord., 14 febbraio 2008, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Persona fisica*, n. 93, secondo cui, al di fuori dei casi della stampa oscena o apologetica del fascismo o integrante violazione del diritto d'autore, non sarebbe ammissibile il sequestro o la misura inibitoria con provvedimento *ex art.* 700 c.p.c. delle pubblicazioni a mezzo stampa, ancorché lesive dei diritti all'onore, alla riservatezza o all'identità personale; ed ancora Trib. Torino, ord., 14 maggio 2004, secondo cui al fine di ottenere misure restrittive della circolazione di un libro, costituente estrinsecazione del diritto di cronaca, ancorché contenente l'attribuzione di fatti di reato a carico di una determinata persona, non è consentita l'emanazione di misure cautelari da parte del giudice civile, in particolare di un sequestro o di un provvedimento *ex art.* 700 c.p.c., ovvero di altri provvedimenti atipici che producano effetti analoghi al sequestro al di fuori dei casi in cui ricorrano le condizioni previste nell'art. 21, comma 3, Cost..

¹⁷ Si registrano infatti precedenti aventi ad oggetto beni intangibili quali il sequestro preventivo di siti *web* dal contenuto osceno o pedopornografico, di azienda come complesso di beni materiali ed immateriali, di utenze telefoniche, di diritti di credito, di quote o azioni di società.

¹⁸ Corte Cost., 17 febbraio 1994, n. 48, secondo cui "la misura, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, inteso questo nella sua realtà fenomenica, può prescindere totalmente da qualsiasi

può aggravare o protrarre le conseguenze negative del reato, ovvero agevolare la commissione di altri reati.

Invero, come ha precisato la giurisprudenza, il sequestro preventivo *ex art.* 321 c.p.p. non può avere ad oggetto una attività, ma soltanto il risultato di una attività, perché alla misura cautelare in questione è estranea la funzione di inibizione di comportamenti¹⁹. È ovvio, però, che nel sequestro preventivo vi sia anche un inevitabile contenuto inibitorio di attività dipeso dal fatto che per effetto della misura cautelare sono precluse tutte quelle attività che contemplano la disponibilità della cosa; ma si tratta, in questo caso, delle naturali conseguenze o degli effetti del sequestro preventivo, che però non riescono a trasformare la misura cautelare di cui trattasi in una inibitoria di attività²⁰.

Questo perché le misure cautelari proprie del processo penale hanno carattere di *numerus clausus*, non conoscendo il codice di rito un istituto atipico quale quello di cui all'art. 700 c.p.c.; pertanto, non è giuridicamente possibile emettere un sequestro preventivo al di fuori delle ipotesi nominate per le quali l'istituto è stato concepito²¹.

È pur vero che lo strumento cautelare azionabile con il ricorso *ex art.* 700 c.p.c., nella elasticità del suo contenuto, consente al giudice di adottare, tra i provvedimenti che più gli appaiano congrui rispetto al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito e fuori dei casi di sequestri tipici disciplinati dagli artt. 670 e 671 c.p.c., anche provvedimenti che possano essere, per funzioni e risultati, estremamente vicini a quello proprio del sequestro preventivo, ma, occorre valutare, in concreto, ai fini della sua ammissibilità, il *petitum* richiesto unitamente all'oggetto su cui dovrebbe innestarsi la misura cautelare.

E, proprio perché il sequestro preventivo ha, come detto, natura reale in quanto si realizza nell'apposizione di un vincolo di indisponibilità della *res* e che il provvedimento invece richiesto con lo strumento di cui all'art. 700 c.p.c. era diretto alla rimozione dal sito *web* dell'articolo di stampa ritenuto diffamatorio, l'operata assimilazione avrebbe configurato un'inibitoria atipica che avrebbe spostato l'ambito del provvedimento da quello reale (proprio del sequestro preventivo) a

profilo di 'colpevolezza', proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardate dall'ordinamento come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo".

¹⁹ In tal senso, Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 49437, in *Foro it.*, 2010, 2, 136, con nota di S. DI PAOLA.

²⁰ Pertanto, la misura cautelare del sequestro preventivo non è destinata a svolgere una atipica funzione inibitoria di comportamenti rilevanti sul piano penale; in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 1998, n. 4016, in *Cass. pen.*, 2000, 457 e Cass. pen., 9 marzo 2006, in *Foro it.*, 2006, II, 425.

²¹ Trib. Bergamo, 24 settembre 2008, in *Dir. inf.*, 2009, p. 258, con nota di G. CORRIAS LUCENTE.

quello obbligatorio²², ipotesi non ammessa dall'ordinamento penale, ma invece vista favorevolmente da quello civile²³.

Per tali ragioni, l'inibitoria cautelare propria del procedimento attivato con il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* è del tutto compatibile ed anzi ben si addice per conseguire il risultato della rimozione dell'articolo di stampa considerato diffamatorio. Infatti, in tal senso, la giurisprudenza più attenta secondo la quale nel caso in cui una testata telematica ospiti un articolo diffamatorio, è legittima la richiesta in sede cautelare da parte del soggetto leso a che l'editore e gestore del sito Internet rimuova prontamente lo stesso dalle sue pagine *web*; viene sottolineato che tale ordine di rimozione non viola i limiti costituzionali posti a tutela della libertà di stampa, non essendo in alcun modo assimilabile ad un provvedimento di sequestro (in quanto misurata in modo assoluto la disponibilità dell'articolo) ed essendo comunque attinente, nel caso di specie, ad un'ipotesi di delitto, dunque in ogni caso pienamente compatibile con il disposto dell'art. 21 comma 3 Cost.²⁴.

Naturalmente, l'inibitoria in questione dovrà essere rispettosa del principio di proporzionalità sancito dall'art. 5, 2° comma, lett. b) del d.lgs. 70/2003 della limitazione dell'accesso rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento delle violazioni delle situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, atteso che la circolazione delle informazioni sulla rete rappresenta pur sempre una forma di manifestazione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale²⁵.

4. Profili risarcitori propri della diffamazione on-line

L'immanenza dell'informazione lesiva sulle reti di comunicazione elettronica, la sua fruizione in ogni momento ed in ogni dove e la sua facile riproducibilità, caratteristiche non presenti né nell'informazione

radiotelevisiva e né in quella a mezzo stampa, dovrebbero portare il giudicante ad adottare diversi e più appropriati criteri nella determinazione dell'importo risarcitorio da accordare al soggetto leso²⁶; invero, oltre alla gravità del fatto nel suo profilo oggettivo e soggettivo, il criterio che fa riferimento alla natura e diffusione del mezzo di comunicazione dovrà essere valutato con maggiore attenzione e precisione per accogliere dei nuovi sotto-criteri:

- numero dei siti *web* in cui la notizia lesiva è riprodotta;
- grado di difficoltà per eliminare il messaggio lesivo dalla rete;
- tempo di permanenza del messaggio lesivo sulla rete;
- grado di facilità nella reperibilità del messaggio lesivo da parte dei motori di ricerca;
- agevolazioni o suggerimenti nella presentazione della notizia lesiva da parte del motore di ricerca.

Per il primo sotto-criterio, è evidente che maggiore è la diffusione della notizia lesiva e più grande è il pregiudizio subito.

Con riguardo al secondo sotto-criterio, è noto che alcuni *server* che ospitano le informazioni lesive sono situati al di fuori dei confini nazionali per risiedere in stati che riescono a garantire l'anonimato sia di chi registra il nome a dominio nel quale sono ospitate le informazioni in questione, sia di chi le pubblica in rete.

Circa il terzo sotto-criterio, è evidente che più tempo il messaggio lesivo permane sulla rete, maggiore è la sua potenzialità ed efficacia nel produrre pregiudizio, perché si ipotizza che possa aver raggiunto un più elevato numero di utenti.

Per il quarto sotto-criterio, va osservato che i motori di ricerca classificano ed indicizzano tutte le informazioni reperite sulla rete di comunicazione elettronica per offrirle ai loro utenti e quanto più è affinata tale tecnica, maggiore è la possibilità che l'informazione sia reperita e presentata come risultato della ricerca; tale esito dipende da diversi fattori, quali la varietà dei formati dell'informazione risiedente in rete, la diversità dei livelli in cui l'informazione si trova all'interno di un sito, la presenza o meno di contenuti sponsorizzati che affiancano l'informazione che aumentano la facilità del suo reperimento e della sua presentazione, nonché il grado di autorevolezza della fonte in cui la stessa informazione si trova, atteso che gli algoritmi tengono anche questo elemento in debita considerazione e di-

²² Correttamente, il collegio nell'ordinanza in commento ha colto che l'ordine di rimozione dell'articolo giudicato diffamatorio non produce l'effetto di privare il suo destinatario della disponibilità anche fisica del bene perché l'articolo giornalistico continua a rimanere nell'archivio informatico dell'editore, ma non è più consentita la sua diffusione in rete, fino a quando sulla questione non sarà intervenuto un provvedimento del giudice all'esito di un giudizio a cognizione piena.

²³ Ben diversa è dunque l'ipotesi di concessione del sequestro preventivo di un sito *web* disposto per l'accertata illecita diffusione di opere protette dal diritto d'autore, attraverso il sito che consenta la condivisione di *files* e l'utilizzo di protocolli per il trasferimento dei *files* direttamente tra gli utenti, rivolto ai *providers* dei servizi di connessione alla rete Internet e diretto ad inibire l'accesso all'indirizzo di quel sito *web*, ai relativi alias ed ai nomi di dominio rinviati al medesimo sito (così Cass. pen., 29 settembre 2009, n. 49437, *cit.*).

²⁴ Trib. Trani, 5 giugno 2009, in *Dir. inf.*, 2010, p. 257; Trib. Napoli, 18 febbraio 2015, in *Dir. inf.*, 2015.

²⁵ Sui parametri che, in materia di lesione dei diritti all'onore ed alla reputazione, concorrono a definire l'importo risarcitorio da riconoscere al soggetto leso, cfr. Cass. pen., 11 dicembre 2008, n. 10535, in *Foro it.*, 2010, 2, 95, con nota di M. CHIAROLLA.

²⁶ Come è noto, tradizionalmente, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, "il danno non patrimoniale derivante da diffamazione per mezzo della stampa si determina in base al criterio della gravità del fatto, considerata sia sotto il profilo oggettivo (gravità dell'accusa mossa) sia sotto il profilo soggettivo (personalità del soggetto offeso e incidenza dell'accusa sullo stesso), nonché in base al criterio della natura e diffusione del mezzo di informazione", così *ex multis*, Cass. civ. 19 settembre 1995 n. 9892, in *Danno e resp.*, 1996, I, p. 94.

stinguono le pagine che analizzano.

Con riferimento all'ultimo sotto-criterio, va tenuto presente che, ormai, una informazione lesiva dei diritti della personalità può anche essere sintetizzata con poche parole, suggerite dal motore di ricerca che, se accettate dall'utente, lo indirizzano al contenuto completo della notizia²⁷. È il caso, ad esempio, della funzione *auto-complete*, cioè di “suggeritore di parole chiave”, che ha interessato anche la giurisprudenza con decisioni oscillanti riguardo la responsabilità del soggetto gestore del motore di ricerca²⁸.

Naturalmente, il valore di ciascuno dei suindicati sotto-criteri, autonomamente considerato, è direttamente proporzionale all'importo risarcitorio da liquidarsi in favore della persona offesa; così, più è elevata la cifra di ognuno di questi nuovi parametri, sia singolarmente valutati che nel loro insieme, maggiore è l'entità del pregiudizio subito dal soggetto diffamato²⁹.

Obiettive difficoltà, comunque, possono emergere nel caso in cui la giurisprudenza, così come avvenuto in passato, tendesse ad ancorare l'importo risarcitorio da riconoscere al soggetto leso a dati che, in qualche modo, offrono una misura del numero dei destinatari del messaggio illecito, quali i dati Auditel o il numero delle copie vendute di una determinata testata. Nella rete, infatti, qualsiasi misurazione in ordine alla cifra dei fruitori della notizia lesiva della reputazione è improba e comunque non certa, sia perché l'informazione può essere riprodotta e a sua volta veicolata, senza alcun controllo e sia perché gli strumenti che conteggiano il numero dei soggetti che visitano un determinato sito *web* non sono attendibili dato che possono essere facilmente alterati. Proprio per queste ragioni, non sembra che il criterio basato sulla misurazione o sul rilevamento fondato sul numero dei soggetti che hanno fruito l'informazione possa essere seguito dalla giurisprudenza come in passato, ma debba farsi ricorso ad un sistema differente che tenga conto delle suindicate e più rispondenti variabili.

²⁷ Ad esempio il caso del nome di un soggetto accostato alla parola “truffatore” o “arrestato”.

²⁸ cfr. Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1210, con nota di T. SCANNICCHIO e *contra* Trib. Milano, 24 marzo 2011 e Trib. Milano, 23 maggio 2013.

²⁹ Cfr. P. SAMMARCO, *Diffamazione on-line e nuovi criteri per la determinazione dell'importo risarcitorio*, cit., p. 267.

Rita Lombardi

Ricercatrice di Diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Divorzio breve sì, divorzio diretto no

abstract

The author offers a review of the first reading of d.d. l approved by Senates which introduced in our system quick divorce. With it is expected that the time of separation between spouses is reduced from two years to twelve or six months.

keywords

Separation of spouses - Divorce - Quick divorce.

abstract

L'autore offre una prima lettura del d.d.l. approvato dal Senato con il quale si introduce nel nostro ordinamento il c.d. divorzio breve. Viene modificato l'art. 3 della legge n. 898/1970 riducendosi il tempo di separazione ininterrotta tra i coniugi ai fini del divorzio da due anni in dodici o sei mesi.

parole chiave

Separazione - Divorzio - Divorzio breve.

sommario

1. Il d.d.l. in materia di separazione e divorzio approvato dal Senato. – 2. Il c.d. "divorzio breve". – 3. Lo scioglimento della comunione legale. – 4. Brevi conclusioni.

1. Il d.d.l. in materia di separazione e divorzio approvato dal Senato

Mentre gli operatori pratici e gli interpreti riflettevano sui numerosi problemi applicativi creati dalla recente introduzione in materia di famiglia dei due nuovi istituti della separazione, del divorzio e delle modificazioni delle condizioni stabilite con la separazione o con il divorzio attraverso la negoziazione assistita dagli avvocati (con approvazione del pubblico ministero) e della separazione, del divorzio e delle modificazioni delle condizioni stabilite con la separazione o con il divorzio per accordo tra i coniugi reso dinanzi al Sindaco, previsti rispettivamente dall'art. 6 e dall'art. 12 della legge n. 162/2014¹, di conversione del d.l. n.

¹ Cfr. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.* 2014, p.1141 ss.; LUPOI, *Separazione e divorzio all'epoca della degiurisdizionalizzazione*, in *Quest. dir. fam.*, 2015; POLISENO, *La convenzione di*

132/2014², il Senato, specificamente il 18 marzo 2015, ha approvato il disegno di legge³ intitolato "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi"⁴, apportando diversi emendamenti al testo votato a larga maggioranza dalla Camera dei deputati il 29 maggio 2014⁵ e sopprimendo la proposta di introduzione del c.d. "divorzio diretto" – ossia senza previa separazione tra i coniugi – inserita nel passaggio in commissione Giustizia del Senato.

Il testo approvato si compone di tre articoli.

Il primo dispone che all'art. 3, comma 2, n. 2) lett. b) della legge n. 898/1970 (legge sul divorzio), e successive modificazioni, le parole «tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale» sono sostituite dalle seguenti: «dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale e di sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale».

Il secondo aggiunge all'art 191 c.c., dopo il primo comma, le seguenti parole: «Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione».

negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio, in *Foro it.*, 2015, V, c. 1 ss.

² Per il cui commento sia consentito il richiamo a LOMBARDI, *Separazione consensuale e divorzio congiunto senza l'intervento del giudice*, in *Quest. dir. fam.*, pubblicato dal 9 ottobre 2014; v. altresì DANOVÌ, *Il d.l. n.132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 949 ss.

³ In un testo risultante dall'unificazione di vari disegni di legge.

⁴ AS 1504-A.

⁵ Per un commento a tale testo sia consentito il rinvio a LOMBARDI, *Novità (imminenti) in materia di separazione e divorzio: il c.d. divorzio breve; l'individuazione del momento in cui si scioglie la comunione legale tra coniugi*, in *Gazz. for.*, 2014, n. 4, p. 254.

Il terzo stabilisce che le menzionate disposizioni «si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, anche nei casi in cui il procedimento di separazione che ne costituisce il presupposto risulti ancora pendente alla medesima data».

Il disegno di legge torna ora alla Camera dei deputati per la battuta conclusiva.

2. Il c.d. "divorzio breve"

La nuova disciplina, *rebus sic stantibus*, è destinata ad incidere sul tempo di ininterrotta separazione tra i coniugi ai fini del divorzio o della cessazione degli effetti civili del matrimonio: i tre anni si riducono a dodici mesi, decorrenti dalla comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale, se alla separazione si perviene attraverso il giudizio contenzioso, e a sei mesi, se alla separazione si perviene in via consensuale ovvero se l'*iter* contenzioso si trasforma in consensuale⁶.

In virtù dell'art. 3 dello stesso disegno legge, la riduzione temporale descritta opera anche se il procedimento di separazione è in corso alla data di entrata in vigore della relativa legge.

La novità segna un'inedita distinzione tra separazione giudiziale e separazione consensuale stabilendo che la domanda di divorzio – sia giudiziale che congiunta – ha una più celere via se la separazione è stata conseguita in via consensuale.

Si evidenzia altresì che mentre nella formulazione approvata dalla Camera dei deputati il termine per proporre la domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio era individuato in ragione del tipo di procedimento inizialmente prescelto, ossia separazione giudiziale ovvero consensuale⁷, il testo approvato dal Senato, opportunamente, pone l'attenzione esclusivamente sugli esiti del giudizio di separazione, di talché se la separazione ha avuto avvio in modo conflittuale la successiva trasformazione in consensuale consente l'utilizzo del termine "breve" di sei mesi.

Inoltre rispetto alla primigenia versione la decorrenza del termine viene posticipata dalla proposizione della domanda di separazione alla comparizione dei coniugi

innanzi al presidente del tribunale, ossia all'atto in cui i coniugi sono autorizzati a vivere separatamente; il che rispetto alla separazione giudiziale riduce sensibilmente il rischio di possibili sovrapposizione tra procedimento di separazione e quello di divorzio.

Per altro verso, va tenuto conto che il dettato dell'art. 3, n. 2, lett. b), della legge n. 898/1970 è stato appena modificato dalla legge n. 162/2014, di conversione del d.l. n. 132/2014.

Tale legge introducendo i su menzionati due nuovi modelli di separazione e divorzio ha aggiunto, al citato art. 3, che il termine di tre anni di separazione decorre altresì "dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile".

Il necessario coordinamento tra tale ultima novità e quella introducenda induce a ritenere che il termine di sei mesi di ininterrotta separazione, se del caso, è destinato ad operare in rapporto a ciascuna delle tre forme di separazione consensuale alle quali i coniugi, in presenza dei relativi presupposti, possono allo stato accedere: ovvero in rapporto al procedimento dinanzi al giudice con omologazione dell'accordo tra i coniugi (art. 711 c.p.c.), in rapporto alla negoziazione assistita da avvocati con necessaria approvazione del pubblico ministero (art. 6 l. 162/2014), in rapporto all'accordo reso dinanzi al Sindaco (art. 12 l. 162/2014).

Non vi è alcun dubbio sul fatto che i coniugi (attraverso qualsiasi procedimento) separati decorsi i nuovi termini potranno, senza alcun vincolo rispetto alla scelta effettuata riguardo alla separazione, optare tra divorzio giudiziale e divorzio congiunto, e in tale ultima evenienza utilizzare anche le soluzioni procedurali di nuovo conio, ossia il divorzio attraverso la negoziazione assistita dagli avvocati e il divorzio avanti al Sindaco⁸. Rispetto a tali procedure rispettivamente il pubblico ministero (ma prima ancora gli avvocati) ed il pubblico ufficiale dovranno calcolare il tempo di separazione previo controllo sul tipo di separazione conseguita, giudiziale o su accordo dei coniugi.

È evidente che l'emananda disciplina sullo scioglimento del matrimonio abbrevia esclusivamente il lasso temporale destinato ad intercorrere tra la separazione e il divorzio o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ma lascia sopravvivere la separazione quale presupposto imprescindibile per conseguire il divorzio in via giudiziale o congiunta. Lo ribadisce in modo esplicito l'art. 3 del d.d.l. approvato in Senato che individua nel "procedimento di separazione... il presupposto" per l'applicazione degli artt. 1 e 2 del medesimo testo.

Difatti, come accennato innanzi, in sede di definitiva approvazione è stato espunto il secondo comma

⁶ Giova rammentare che l'art. 3 della legge n. 898 del 1970 fissava il termine della separazione ininterrotta tra i coniugi in cinque anni e che il termine è stato ridotto a tre anni con la legge n. 74 del 1987.

⁷ L'art. 1 recitava: "Al secondo capoverso della lettera b) del numero 2) dell'articolo 3 della legge 1970, n. 898, e successive modificazioni, le parole: «tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale.» sono sostituite dalle seguenti: «dodici mesi dalla notificazione della domanda di separazione. Qualora alla data di instaurazione del giudizio di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia ancora pendente il giudizio di separazione con riguardo alle domande accessorie, la causa è assegnata al giudice della separazione personale. Nelle separazioni consensuali dei coniugi, il termine di cui al primo periodo è di sei mesi decorrenti dalla data di deposito del ricorso ovvero dalla data della notificazione del ricorso, qualora esso sia presentato da uno solo dei coniugi.»

⁸ c.d. divorzio "autogestito" o "fai da te", su cui v. LUPOI, *cit.*, p. 12 ss.

dell'art. 1 che enunciava che “lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può altresì essere richiesto da entrambi i coniugi, con ricorso congiunto presentato esclusivamente all'autorità giudiziaria competente, anche in assenza di separazione legale, quando non vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero figli di età inferiore ai ventisei anni economicamente non autosufficienti”.

I fautori della correlata proposta sul c.d. “divorzio diretto” (denominato altresì divorzio “lampo”, divorzio “immediato”, divorzio “Las Vegas”) hanno preferito accontentarsi di tale primo traguardo. Il divorzio senza separazione rappresentava il *punctum dolens* del testo all'esame del Senato su cui insisteva un forte scontro tra le forze politiche, rimosso il quale la maggioranza è stata agevolmente conseguita⁹.

Ad ogni modo si intende andare avanti con il progetto sul c.d. “divorzio diretto” attraverso un separato disegno di legge¹⁰.

3. Lo scioglimento della comunione legale

Si è poi reputato opportuno intervenire sull'art. 191 c.c., disposizione che contempla le cause di scioglimento della comunione legale tra coniugi.

Propriamente con l'art. 2 del d.d.l. in esame si intende mettere un punto fermo sul momento in cui opera lo scioglimento per separazione personale dei coniugi, e all'uopo viene distinta la separazione giudiziale da quella consensuale. Nel primo caso la comunione si scioglierebbe allorché il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ossia all'udienza di comparizione; nel secondo caso, la comunione si scioglierebbe alla data di sottoscrizione del relativo verbale di separazione, purché omologato.

Per comprendere la portata della novità auspicata giova rammentare che la riforma del diritto di famiglia, operata dalla legge del 19 maggio 1975, n. 151, ha portato al passaggio dal regime legale della separazione dei beni al regime della comunione dei beni tra coniugi (art. 159 c.c.)¹¹ ed ha stabilito, all'art. 191 c.c., che la separazione personale dei coniugi¹² determina lo scioglimento della comunione legale. Il legislatore del '75 però non ha identificato il momento in cui esso opera, di tal ché il profilo è divenuto oggetto di costante dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Segnatamente la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che lo scioglimento della comunione si veri-

fica “*ex nunc*” solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di separazione ovvero con l'emanazione del decreto di omologazione dell'accordo di separazione consensuale, mentre non spiega alcun effetto al riguardo il provvedimento presidenziale ex art. 708 c.p.c., che autorizza i coniugi ed interrompere la convivenza, stante il limitato contenuto e la funzione meramente provvisoria del provvedimento medesimo¹³.

Dal canto suo parte della dottrina, muovendo dall'art. 193 c.c., il quale con riguardo alla separazione giudiziale di beni specifica che la sentenza di separazione retroagisce al momento in cui è stata proposta la domanda “ed ha l'effetto di instaurare il regime di separazione dei beni”, sostiene che lo scioglimento è retroattivo e si attua all'atto della proposizione della domanda di separazione, precisamente ove la separazione è giudiziale al momento della notifica del ricorso introduttivo, ove la separazione è consensuale con il deposito dello stesso ricorso in cancelleria¹⁴.

Altra opinione reputa, invece, che lo scioglimento della comunione retroagisce al momento dell'emanazione dell'ordinanza che a mente dell'art. 708 c.p.c. autorizza i coniugi a vivere separatamente¹⁵.

Altra opinione, ancora, distingue il procedimento di separazione consensuale da quello giudiziale, evidenziando che l'uno è un procedimento fondato sull'accordo delle parti e sulla inesistenza di conflitti, l'altro presuppone una controversia di particolare rilievo rispetto alla quale devono essere evitati ulteriori conflitti, in attesa della sua conclusione. Conseguentemente si opina che la tesi fondata sull'art. 193 c.c. ha applicazione solo rispetto alla separazione contenziosa, mentre nel caso di separazione consensuale gli effetti patrimoniali – dunque anche lo scioglimento della comunione legale – andrebbero ricondotti al momento della conclusione dell'accordo, ossia all'atto della sottoscrizione del verbale d'udienza presidenziale nel quale sono rappresentate tutte le condizioni della separazione¹⁶.

Il legislatore attraverso la nuova disposizione intende risolvere la problematica delineata ponendosi nella scia di tale ultima posizione dottrinale e all'uopo fissa un doppio termine: se la separazione è giudiziale la comunione legale dei beni tra i coniugi si ritiene sciolta nel momento in cui il presidente del tribunale, a mente dell'art. 708 c.p.c., autorizza i coniugi a vivere separati;

⁹ Si segnala che l'esigenza di abbreviare i tempi per proporre la domanda di divorzio era stata manifestata fin dal 2007 dalla Lega italiana per il Divorzio Breve.

¹⁰ AS 1504 *bis*.

¹¹ La comunione legale è però derogabile e non obbligatoria: i coniugi possono pattuire la separazione dei beni a norma dell'art. 162 c.c. Tale regime è opponibile ai terzi solo se la relativa convenzione matrimoniale risulta annotata a margine dell'atto di matrimonio.

¹² Per una rassegna dei vari orientamenti v. T.V. Russo, *Le vicende estintive della comunione legale*, Napoli, 2004, p. 40 ss.

¹³ Cass. 25 marzo 2003, n. 4351; Cass. 27 febbraio 2001, n. 2844; Cass. 23 giugno 1998, n. 6234, in *Corr. giur.* 1999, n. 63, con nota di MONTANARI; Cass. 7 marzo 1995, n. 2652; Cass. 17 febbraio 1993, n. 12523, in *Famiglia e dir.*, 1994, p. 424, con nota di CALIENDO.

¹⁴ SCHLESINGER, *Separazione personale e scioglimento della comunione*, nota a Trib. Milano, 20 luglio 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 263; BARBIERA, *Procedimenti incompleti di separazione personale e disciplina del rapporto coniugale*, Bari, 1989, p. 85.

¹⁵ CIPRIANI, *Sullo scioglimento della comunione per separazione “optimo iure” ex art. 708 c.p.c.*, nota a Trib. Ravenna, 17 maggio 1990, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 953 ss.

¹⁶ Russo, *op. cit.*, p. 40 ss.

diversamente se la separazione è consensuale lo scioglimento è ricondotto alla data di sottoscrizione del verbale di separazione dei coniugi dinanzi al presidente del Tribunale, quale momento in cui si conclude l'accordo di separazione.

È evidente che la *introducenda* disposizione vuole evitare che gli effetti patrimoniali della comunione legale continuino a prodursi nonostante i coniugi abbiano interrotto la convivenza. Segnatamente che i beni successivamente acquistati dai coniugi separandi ricadano nella comunione legale, ai sensi dell'art. 177, 1° comma, lett. a), c.c., allorché sia venuta meno tra gli stessi la comunione materiale e spirituale.

Senonché nel caso in cui la separazione è consensuale la disposizione condiziona lo scioglimento della comunione alla omologazione finendo per subordinare il concreto scioglimento, e la reale divisione del patrimonio comune, all'emanazione del provvedimento da parte del giudice.

La disposizione lascerebbe poi permanere rilevanti dubbi circa la possibile ultrattività della disciplina relativa all'amministrazione dei beni in comunione legale per il periodo (che peraltro dovrebbe essere breve) che intercorre tra la sottoscrizione del verbale dinanzi al presidente e l'omologazione¹⁷.

Inoltre essa pone il problema del tipo di regime da applicare agli acquisti effettuati dai singoli coniugi in quel lasso di tempo se l'omologazione non dovesse sopraggiungere.

Da ultimo va segnalato che resterebbe privo di una specifica disciplina lo scioglimento della comunione legale nelle ipotesi in cui la separazione consensuale viene conseguita attraverso una delle due nuove procedure previste dalla l. n. 162/2014, negoziazione assistita e separazione per accordo innanzi al Sindaco, nell'ambito delle quali non è prevista un'apposita udienza dinanzi al tribunale e neppure alcun provvedimento del giudice.

Al riguardo, considerata la peculiarità di tali nuovi procedimenti, è opportuno ricondurre lo scioglimento della comunione all'atto in cui si consegue lo *status* di separato.

4. Brevi conclusioni

Appare assai lontana l'epoca in cui gli italiani sono stati chiamati a votare il referendum popolare sulla soppressione del divorzio. In soli quarant'anni il comune sentire è mutato, il costume è profondamente cambiato, la società è divenuta "liquida"¹⁸, la crisi matrimoniale si è notevolmente accentuata.

All'emersa e diffusa esigenza delle coppie di sciogliere il matrimonio celermente e a costi contenuti il nostro ordinamento giuridico, a causa della necessaria articolazione della relativa procedura in due distinti e necessari *iter* (di separazione e di divorzio) e della complessiva lentezza della giustizia civile (nonostante le molteplici riforme del processo civile attuate nell'ultimo ventennio)¹⁹ – non è riuscito a far fronte, con la conseguenza che molte di esse hanno cercato la soluzione consensuale alla crisi matrimoniale in altri ordinamenti europei.

È evidente allora che il legislatore con gli ultimi interventi effettuati e programmati in materia di separazione e divorzio si è posto l'obiettivo di adeguare le tecniche di tutela al segnalato emergente "bisogno" della società.

Il primo passo in tale direzione è stato compiuto sottraendo all'autorità giudiziaria, segnatamente al Tribunale, la competenza esclusiva ed inderogabile in materia²⁰.

I due nuovi procedimenti di separazione e divorzio, quello della negoziazione assistita e dell'accordo innanzi all'ufficiale dello stato civile sono stati concepiti affinché la soluzione consensuale di separazione e di divorzio operi fuori dalla sfera giurisdizionale. Vero è che il legislatore con la l. 162/2014 ha fatto un passo indietro rispetto al d.l. 132/2014, introducendo la figura del pubblico ministero nel primo procedimento, ma è altresì vero che il sistema è stato scardinato, giacché allo stato la coppia in crisi ha due alternative al ricorso al giudice e soprattutto ha la possibilità di non accedere alle aule di giustizia.

La seconda modifica consisterà, appunto, nell'introduzione del c.d. divorzio breve la cui portata, rispetto all'introduzione dei menzionati due nuovi modelli procedurali, è evidentemente limitata giacché lascia permanere la separazione obbligatoria ed incide esclusivamente sul tempo intercorrente tra la procedura di separazione (che limita lo *status* di coniuge) e quella di divorzio (che elimina lo *status* di coniuge).

Ad ogni modo la riforma del diritto di famiglia non è ancora conclusa. Sullo sfondo, come accennato, si agita l'introduzione del c.d. divorzio diretto ed altresì la previsione del tribunale della famiglia, ossia l'istituzione presso i tribunali ordinari di sezioni specializzate per la famiglia, i minori e la persona con competenza su tutti gli affari relativi alla famiglia, anche non fondata sul matrimonio, e sui procedimenti non rientranti nella competenza del tribunale per i minorenni in materia civile.

¹⁷ In argomento, Russo, *op. cit.*, p. 75 ss.; sul complesso profilo, inerente alla responsabilità patrimoniale dei coniugi, dell'espropriazione dei beni in comunione legale allorché debitore è uno solo dei coniugi v. la nota *nostra* di richiami a Cass. 14 marzo 2013, n. 6575, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3274, nonché la nota critica di ACONE, *ivi*.

¹⁸ Come spiega il sociologo BAUMAN, *Liquid modernity*, Cambridge, 2000 e *Liquid love*, Cambridge, 2003.

¹⁹ Si segnala che la Suprema Corte si è pronunciata in tema di danni conseguenti dalla irragionevole durata di una procedura di divorzio su domanda congiunta e con la sentenza 4 ottobre 2005, n. 19354 (in *Fam. pers. e succ.*, 2008, p. 587, con nota di FANETTI) ha affermato che, in tema di equa ripartizione per il mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo, ai sensi della c.d. legge Pinto, l. 24 marzo 2001 n. 89, il pregiudizio esistenziale costituito dalla impossibilità a contrarre un nuovo matrimonio integra una autonoma voce di danno non patrimoniale indennizzabile.

²⁰ La materia rientrava nell'ambito della c.d. giurisdizione costitutiva necessaria.

Francesca Mite

Ricercatore in Diritto privato Università Telematica Pegaso

L'impatto del d.lgs. n. 21/2014 sulla disciplina consumeristica. I "nuovi" obblighi informativi precontrattuali a tutela del consumatore

abstract

The present contribution aims to illustrate the principal news enacted by the Legislative Decree n. 21 dated 21 of February 2014, paying a particular attention to the innovative relevance, qualitative and quantitative, of the pre-contractual duties of disclosure on behalf of the consumers.

The author also describe the transparency duty in relation to the on line contracts and the consequences in case of violation of the pre-contractual duties of disclosure by the professional figures, underlining doubts and possible interpretative solutions.

keywords

Professional, consumer, pre-contractual duties of disclosure, on line contract, contract.

abstract

Il presente contributo intende illustrare le principali novità introdotte dal d.lgs. n. 21 del 21 febbraio 2014, con particolare riferimento alla nuova e più marcata rilevanza quantitativa e qualitativa assunta dagli obblighi informativi precontrattuali a tutela del consumatore. L'autore si sofferma, altresì, sulla trasparenza in tema di contratti online e sulle conseguenze della violazione degli obblighi di informazione precontrattuale da parte del professionista, ponendo in evidenza incertezze e possibili soluzioni interpretative.

parole chiave

Professionista consumatore, obblighi di informazione precontrattuali, contratto on line, contratto.

sommario

Premessa. – **1.** Le nozioni in continua evoluzione di consumatore e professionista come espressione della rilevanza giuridica degli *status*. – **2.** L'impianto della direttiva 2011/83/UE e del d.lgs. n. 21/2014. Cenni. – **3.** I "nuovi" obblighi informativi precontrattuali nel Codice del Consumo. – **3.1.** *Segue:* profili di rilevanza diretta dell'informazione. – **3.2.** *Segue:* profili di rilevanza indiretta dell'informazione. – **4.** La tutela più incisiva predisposta in favore del contraente debole nei contratti telematici. – **5.** La violazione degli obblighi di informazione precontrattuale: *quid iuris?* – **6.** La

rilevanza strutturale degli obblighi di informazione e trasparenza e i rischi di ipertrofia informativa.

Premessa

Il tema degli obblighi di informazione precontrattuale nel rapporto consumeristico è particolarmente complesso e si presta molteplici spunti di analisi e di riflessione; la necessità di un cogente impianto normativo, infatti, deve misurarsi con un contesto tecnico ed economico in continua evoluzione, nel quale vengono in rilievo, e spesso configgono, enormi interessi economici.

Nella società attuale gli acquisti di massa tendono sempre più ad allontanarsi dalla «tradizionale ritualità dello scambio ancorato a cose materiali e alla presenza simultanea dei contraenti»¹; è noto che l'evoluzione della tecnica e lo sviluppo esasperato di Internet hanno moltiplicato le possibilità di contatto intersoggettivo offerte dal mercato e, quindi, anche le possibilità di scambio commerciale (istantaneo e non) tra soggetti tra loro fisicamente distanti.

In particolare nell'ultimo decennio, il settore della contrattazione commerciale è stato investito da una rapidissima evoluzione delle modalità di conclusione del contratto e, quindi, delle relative forme di adesione; la tecnologia ha ridimensionato la portata della prestazione del consenso attraverso la contrattazione individuale nei rapporti commerciali tra professionisti e consumatori e, di contro, ha agevolato l'emersione di modalità di conclusione del contratto che prescindono dall'incontro reale e fisico tra colui il quale formula la proposta contrattuale e l'oblato.

In definitiva, la trattativa individuale, tradizionalmente frutto del dialogo immediato e tangibile tra due o più volontà, è degradata a fattispecie residuale di conclusione del contratto di consumo.

Ebbene, il difetto di trattativa, ormai quasi congenito in alcuni rapporti consumeristici, ancor più se accompagnato da una situazione di disparità economica e informativa, effettiva e potenziale, tra le parti – come di sovente accade nel rapporto tra professionisti e consumatori – è suscettibile di generare non solo uno squilibrio delle posizioni contrattuali, ma anche

¹ A.M. GAMBINO - G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Giappichelli, 2014.

una forma di fallimento del mercato (*market failures*)² che può compromettere la costruzione di un mercato unico europeo davvero concorrenziale³.

Ovvio, ma anche problematico, il riverbero su alcuni principi basilari del diritto dei contratti: forti sono, infatti, le distorsioni tra i principi generali, *rectius* codicistici, dei contratti e le nuove regole caratterizzanti la legislazione speciale a tutela e protezione dei consumatori.

Gli obblighi di informazione precontrattuale che la normativa consumeristica pone in capo al profes-

sionista, rappresentano lo strumento a tutela dei contraenti deboli e della loro libertà di negoziare, intesa come legittima aspettativa a non essere impegnati in trattative fuorvianti ed orientate alla conclusione di un contratto che, in altre condizioni di negoziazione, non avrebbero concluso; si tratta di una tutela che ha il proprio fondamento nelle tradizionali regole civilistiche di correttezza e buona fede e delle quali proprio gli obblighi di informazione precontrattuale costituiscono un'applicazione particolarmente intensa tesa a riequilibrare le posizioni contrattuali⁴.

È in questo contesto che origina la matrice più profonda del nuovo intervento del legislatore realizzato con il decreto legislativo n. 21 del 2014, di recepimento della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, cd. *consumer rights*⁵, adottato dal Consiglio dei Ministri il 3 dicembre 2013 ed entrato in vigore il 13 giugno 2014⁶.

Il provvedimento *de quo* modifica la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti e la direttiva 1999/44/CE sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo e abroga sia la direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali (stanziali), sia quella 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, fondendo le disposizioni riguardanti gli uni e gli altri contratti in un'unica disciplina.

Si tratta dell'ennesimo esempio di intervento "protettivo" del legislatore speciale nei contratti del consumatore (e più in generale in materia di diritto del consumo)⁷ per mezzo del quale, attraverso un irrigidi-

² Nozione che, come rilevato da T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 13, viene infelicitamente tradotta in italiano con l'espressione "fallimenti del mercato" e che proviene dalla letteratura economica.

³ Per mera completezza espositiva, si impongono alcune precisazioni sugli strumenti predisposti dall'Europa a tutela di un mercato concorrenziale e sulle finalità a cui essi tendono. Ed inverso, nella prospettiva europeista la disciplina della concorrenza costituisce un elemento essenziale dell'integrazione europea, nella misura in cui consente alle imprese di competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri, assicura la concorrenzialità dei loro prodotti e servizi a livello mondiale e tutela i consumatori europei. Gli interventi dell'UE mirano a tutelare il funzionamento concorrenziale del mercato sulla base di un principio generale di tipo liberista, mentre la determinazione di ciò che è concretamente ammissibile è improntata a un esteso pragmatismo. Più precisamente, nel panorama europeo, le norme sulla concorrenza sono contenute negli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE, sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957 e ratificato con l. 14 ottobre 1957, n. 1203, e con l. 23 dicembre 1986, n. 909, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato dalla l. 2 agosto 2008, n. 130) che riguardano le discipline nazionali in materia di attività d'impresa. La politica di concorrenza è organizzata da un lato, prevedendo forme di controllo sul comportamento delle imprese in materia d'intese e concentrazioni, dall'altro, prevedendo forme di limitazione degli aiuti di Stato ai produttori nazionali. Si precisa che l'attuazione della politica dell'UE in materia di concorrenza spetta alla Commissione europea, con riserva di controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. È obbligo degli Stati membri conformare la legislazione nazionale alla normativa dell'UE. Tra i principi generali della politica comunitaria in materia di concorrenza vi è il divieto delle intese, ovvero accordi tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune e possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. Sono, poi, espressamente vietati gli accordi sui prezzi dei beni prodotti e immessi sul mercato, gli accordi sulle regioni e zone dove vendere o distribuire i prodotti e gli accordi sulle quantità da produrre. Non solo. Il Trattato vieta gli abusi di posizione dominante sul mercato comune (o su una sua sostanziale porzione) da parte di una o più imprese, quando possono essere pregiudizievoli al commercio tra Stati membri. Si limita dunque a sanzionare a posteriori lo sfruttamento di posizione dominante e non consente alle istituzioni dell'Unione di controllare il processo di concentrazione. Sul controllo degli aiuti di Stato, il Trattato afferma, salvo deroghe, l'incompatibilità con il mercato comune degli aiuti di Stato che falsano la concorrenza. In ultimo, sempre per eliminare le distorsioni alla concorrenza, il Trattato regola le misure selettive di aiuto a favore di imprese e produzioni e specifica le misure generali a favore dell'economia che possono compromettere la concorrenza.

⁴ Per ampi riferimenti dottrinari al riguardo, si rinvia *ex multis* a: A.M. GAMBINO, (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 327 ss.; G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, pp. 719 ss.

⁵ Dir. Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (Testo rilevante ai fini del SEE); pubblicata nella G.U.U.E. 22 novembre 2011, n. L 304. La direttiva è entrata in vigore il 12 dicembre 2011 ed è stata recepita con D. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21. Per un *excursus* sulla disciplina comunitaria di protezione del consumatore, si rinvia a CARINGELLA, *Il contratto*, in *Studi di diritto civile*, Vol. IV, Milano, 2007, pp. 323 ss.

⁶ D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, recante Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. Pubblicato nella Gazz. Uff. 11 marzo 2014, n. 58. Il provvedimento in parola è stato adottato sulla base della delega contenuta nella legge di delegazione europea 2013 - l. 6 agosto 2013, n. 96.

⁷ Alla tutela sostanziale dei diritti del consumatore oggi prevista dal nostro ordinamento giuridico, si è giunti in esecuzione di direttive comunitarie tese a proteggere il consumatore. Basti pensare non solo alla disciplina delle clausole abusive, ad oggi contenuta nel Codice del Consumo (artt. 33 ss.), ma anche alla notevole produzione normativa, adottata sempre prima a livello

mento e ampliamento qualitativo e quantitativo degli obblighi informativi precontrattuali, si tende ad elidere, ossia più propriamente a rendere meno distortiva possibile, l'asimmetria di potere economico ed informativo tra le parti del rapporto di consumo e, quindi, a tutelare i contraenti deboli.

Ma il proposito – si spera effettivo – del legislatore sta anche nell'aggiornare e semplificare la fitta e aggrovigliata rete di disposizioni succedutesi nel tempo in materia consumeristica, rimuovendone le incoerenze e le lacune per accrescere, al contempo, la libera circolazione delle merci e la fiducia dei consumatori⁸. In questo modo si dovrebbe realizzare la più ampia armonizzazione della disciplina sulla tutela dei consumatori, ovviando all'eccessiva disomogeneità e frammentazione delle normative nazionali di attuazione che, spesso, hanno ostacolato il buon funzionamento del mercato interno, con conseguenti ripercussioni economiche a danno delle imprese e dei consumatori. Solo conseguendo questi obiettivi non sarà vuota petizione di principio l'affermazione dello statuto del consumatore, un insieme di norme a garanzia non solo della sua libertà di scelta consapevole ed autonoma, ma anche e, di conseguenza, del corretto funzionamento del mercato⁹.

Ciò detto, posto che la tutela sostanziale dettata dal Codice del Consumo, così come modificato dal legislatore delegato, attiene proprio al rapporto consumeristico, è necessario innanzitutto definire l'ambito soggettivo di applicazione dei novellati obblighi di informazione precontrattuale, richiamando le definizioni di consumatore e professionista.

1. Le nozioni in continua evoluzione di consumatore e professionista come espressione della rilevanza giuridica degli status

Ai sensi dell'art. 3 del Codice del Consumo, professionista è «la persona fisica o giuridica che agisce

europeo e poi recepitato nel nostro ordinamento, in materia di diritto del consumo, per tale intendendosi in linea di massima tutti gli interventi legislativi che attengono in particolare la persona fisica del consumatore ed oggi per lo più contenuti nel Codice del Consumo.

⁸ Le precedenti direttive, infatti, avevano consentito disparità di recepimento da parte dei vari Stati membri, tali da creare notevoli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno con conseguenti ripercussioni negative sulle imprese e sui consumatori. E così, da un lato, le imprese operanti a livello transfrontaliero si trovavano a dover sostenere alti costi per adeguarsi alle diverse normative, dall'altro, a causa dell'eccessiva frammentazione normativa, i consumatori, nutrivano assai poca fiducia nel mercato interno.

⁹ Del resto, già da tempo in dottrina è stata autorevolmente evidenziata la necessità di indagare il rapporto tra consumatore e impresa e le forme di tutela del primo rispetto alla seconda quale precipua finalità del diritto. Il riferimento è a T. ASCARELLI, in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, pp. 60 ss., ricordato in dottrina da V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pp. 1-41.

nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario», consumatore o utente è «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»¹⁰.

Dall'esatta nozione di consumatore, in particolare, dipende l'estensione della tutela, puntuale ed effettiva, tendenzialmente accordata dal legislatore di settore alla parte debole del rapporto contrattuale¹¹. Ma poiché la definizione legislativa, solo apparentemente precisa, non ha sopito i dubbi degli interpreti, in dottrina sono state elaborate più interpretazioni.

E così, secondo una tesi restrittiva costruita sul dato letterale della disposizione codicistica – prevalentemente condivisa, peraltro, sia dalla giurisprudenza nazionale che europea¹² – la qualificazione giuridica di

¹⁰ Siffatta disposizione normativa, così come modificata dal decreto legislativo 23 ottobre 2007 n. 221, nel definire il consumatore a seconda della natura e dell'oggetto del contratto, ha modificato sensibilmente il testo previgente con il quale il legislatore si rifaceva all'art. 1469-bis, comma due, c.c., che definiva «consumatori e utenti: le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta», inserendo accanto all'attività imprenditoriale e professionale anche quella commerciale ed artigianale. Si tratta di una norma, questa *ex art.* 1469-bis c.c. che ha assunto un ruolo significativo perché ha introdotto la figura del consumatore in un'ottica prettamente giuridica, lontana da quella socio economica che l'aveva caratterizzato sino al recepimento della direttiva, quando il consumatore e il relativo comportamento veniva osservato come una delle componenti del mercato per monitorarne l'andamento; quando, cioè, lo *status* di consumatore risultava «scarsamente censibile alla luce dei dati normativi». Sul punto, si rinvia a G. RUFFOLO, *Clausole « vessatorie » e « abusive »*. *Gli artt. 1469-bis e seguenti del codice civile e i contratti col consumatore*, Giuffrè, 1997.

¹¹ Si tratta di un profilo particolarmente rilevante ove si consideri che, laddove non risulti applicabile il Codice del Consumo, la tutela formale dell'art. 1341 c.c. trova attuazione nel più ristretto ambito delle condizioni generali di contratto. Sull'insufficienza della tutela meramente formale apprestata dagli artt. 1341 e 1342 c.c. all'aderente nelle contrattazioni di massa, si rinvia a STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti, (dal diritto comune dei contratti ai contratti del consumatore)*, in *Giust. civ.*, 1997, II, pp. 204 ss.; G. CHINÈ, *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. Dir.*, agg.to IV, Milano, 2000, pp. 400 ss.

¹² *Ex multis*, si vedano, Cass. civ. Sez. VI – 3, Ord., 12 marzo 2014, n. 5705, in *CED Cassazione*, 2014; Cass. Sez. VI – 1, Ord. 23 settembre 2013, n. 21763, in *CED Cassazione*, 2014; Cass. Sez. III, 15 maggio 2013, n. 11773, in *CED Cassazione*, 2013; Cass. Sez. VI, Ord. 14 luglio 2011, n. 15531, in *CED Cassazione*, 2011. Per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Trento, 3 settembre 2014, in *Pluris Cedam*, 2014. Restano, pertanto, fuori dalla più intensa tutela del Codice del Consumo gli enti, siano essi associazioni non riconosciute, società, comitati. *Contra*, Trib. Bari Sez. II, 24 settembre 2008, in *Pluris Cedam*, 2008. Per la giurisprudenza europea, si veda *ex multis*, Corte Gius., Sez. III, 22 novembre 2001, n. 541, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3; *Eur. Legal Forum*, 2002, 29; *Resp. civ. e prev.*, 2002, 54; *Dir. Scambi Internaz.*, 2002, 63. Tale indirizzo si esprime al meglio nel caso di «acquisto promiscuo» di un bene, ossia di un contratto che viene stipulato per fini in parte professionali ed in parte personali. In questa

consumatore va riconosciuta soltanto alla persona fisica; laddove, poi, la stessa persona fisica svolga attività imprenditoriale o professionale, potrà essere considerata alla stregua del semplice “consumatore” soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’esercizio di dette attività.

È del tutto evidente, quindi, che sulla scorta di siffatta prospettazione definitoria, l’applicabilità della più incisiva tutela del consumatore dovrà escludersi nel caso di contratti afferenti ad attività connesse a quelle imprenditoriali o professionali¹³.

Secondo altra interpretazione, più garantista, di matrice dottrinarica ma condivisa da alcuni giudici di merito¹⁴, può attribuirsi la qualifica di consumatore a qualsiasi soggetto che acquisti beni o servizi anche al di fuori della “specificata” attività professionale: non solo, quindi, alla persona fisica, ma anche ad enti distinti da quest’ultima e variamente definiti. Così opinando, quindi, ben potrebbe assumere lo *status* di consumatore colui il quale compia un atto che, per ipotesi, si colleghi ad un’attività connessa a quella imprenditoriale o professionale svolta¹⁵.

Così brevemente delineate le principali interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali, per ragioni di certezza del diritto e per non ampliare eccessivamente i contorni della figura così da renderla evanescente,

ipotesi, la Corte di Giustizia ha escluso la nozione di consumatore del soggetto acquirente, salvo che la percentuale di utilizzo del bene per scopi professionali sia assolutamente marginale. In questa prospettiva, si veda Corte Giustizia Comunità Europee Sez. II, 20 gennaio 2005, n. 464, in *Obbl. e Contr.*, 2005, I, 83.

¹³ Di contro, un più datato indirizzo considerava consumatore anche il soggetto che acquistasse un bene o un servizio da utilizzare nell’ambito della propria attività imprenditoriale o professionale, purché non rientrasse nel quadro di tale attività la conclusione di contratti dello stesso genere di quello stipulato. Sulla scorta di questa prospettazione, quindi, la tipicità professionale dell’atto concluso era assolutamente dirimente, escludendosi, conseguentemente, la nozione di consumatore tutte le volte in cui il contratto stipulato da una persona fisica rientrasse tra quelli normalmente destinati all’esercizio dell’attività professionale svolta dalla medesima. Quindi, al fine di stabilire se il contraente avesse agito “per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”, occorre verificare se la conclusione di tale contratto fosse o meno un atto della professione proprio di chi acquistasse il bene o il servizio. Si veda in tal senso, Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2117.

¹⁴ Recentemente, infatti, una pronuncia di merito, Trib. Bari Sez. II, 24 settembre 2008, in *Pluris Cedam*, 2008 ha considerato consumatore il condominio affermando che esso «rappresenta un mero ente di gestione, finalizzato all’amministrazione delle parti comuni degli edifici e all’erogazione dei servizi con i contributi forniti dai condomini, e non resta quindi differenziato, rispetto ai terzi, dalle persone fisiche che lo compongono[...]». Si tratta di una qualificazione che trova conforto nella tesi che configura il condominio quale ente di gestione, risultante dal raggruppamento di persone fisiche, le quali agiscono per scopi estranei all’attività imprenditoriale.

¹⁵ GATT, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis - 1469-sexies*, a cura di C.M. Bianca e Busnelli, Padova, 1999, p. 100.

riteniamo di condividere l’interpretazione restrittiva.

Ebbene, se consumatore può essere solo la persona fisica, diversamente è a dirsi per il professionista; ed invero, sulla scorta del dato normativo e della interpretazione giurisprudenziale¹⁶, può assumere lo *status* di professionista tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, non necessariamente quindi nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale.

Ciò che la disposizione richiede ai fini dell’assunzione della qualificazione soggettiva di che trattasi, è che l’attività negoziale sia espressione della ordinaria attività di lavoro; a questo dato oggettivo soltanto, infatti, sono correlati, *rectius* da ancorare, gli accresciuti obblighi di diligenza e di informazione, anche precontrattuali, a protezione di chi opera al di fuori dell’esercizio della sua attività professionale¹⁷.

Già da queste prime notazioni di carattere definitorio, si comprende l’importanza di premettere – se non si vogliono esaminare le disposizioni sugli obblighi informativi precontrattuali di cui al novellato Codice del Consumo alla luce piuttosto fioca dell’interpretazione letterale – un rilievo di non poco momento, che consente di illuminare dal punto di vista storico e sistematico proprio il fondamentale obbligo del *clare loqui* del professionista.

L’emersione giuridica delle definizioni poc’anzi ricordate di consumatore e professionista, che oggi ci appare quasi scontata, rappresenta in verità uno dei frutti più cospicui dell’evoluzione dell’ordinamento civilistico dalla prospettiva liberale classica, fondata sull’uguaglianza formale di tutti i cittadini dinanzi alla legge, alla prospettiva che apprezza adeguatamente l’asimmetria sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive, in adesione al precetto costituzionale dell’uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3 Cost., comma 2, quale fondamentale criterio informatore dell’intero sistema giuridico.

È importante cogliere e sottolineare questo mutamento di paradigma concettuale non soltanto perché costituisce lo sfondo all’interno del quale la dottrina e la giurisprudenza hanno valorizzato la clausola di buona fede per imporre obblighi a carico di una parte nei confronti dell’altra sin nella fase delle trattative contrattuali¹⁸ ma, soprattutto, perché rappresenta la *ratio*

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896, in *Pluris Cedam*, 2014; Cass. sez. VI – 1, ord. 23 settembre 2013, n. 21763, in *CED Cossazione*, 2014; Cass., sez. VI, ord. 14 luglio 2011, n. 15531, in *Pluris Cedam*, 2001. Per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Perugia, sez. II, 24 luglio 2013, in *Pluris Cedam*, 2013.

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 853, in *Pluris Cedam*, 2012.

¹⁸ Interpretata alla luce dei principi di solidarietà, uguaglianza sostanziale e proporzionalità, la clausola generale di buona fede – che, sul piano codicistico, rappresenta un efficace tramite attuati-

ultima della normativa consumeristica interamente costruita sulla rilevanza giuridica degli *status* di consumatore e professionista.

Ne è derivato un sistema di tutele crescenti che si arricchisce della normativa europea in materia consumeristica; una normativa sì stringente, ma che a sua volta anima e consente di dare nuovo slancio e rigore alle disposizioni codicistiche di correttezza e buona fede. Esse, correttamente interpretate nell'ottica evolutiva del diritto, non lasciano il consumatore – anello debole della catena di produzione e distribuzione di beni e servizi – privo di strumenti di tutela rispetto alla reticenza di una parte contrattuale più forte, *rectius* il professionista.

Dopo questo breve sguardo prospettico – indispensabile al fine di poter correttamente inquadrare da un punto di vista storico e sistematico l'intervento del legislatore delegato – e prima di esaminare la nuova disciplina degli obblighi informativi precontrattuali che gravano sul professionista, occorre accennare agli ulteriori ambiti di intervento del d.lgs. n. 21/2014.

2. L'impianto della direttiva 2011/83/UE e del d. lgs. n. 21/2014. Cenni

Premesso che l'informazione al consumatore rappresenta il filo rosso che accompagna ed unisce in senso vincolante tutte le fasi del rapporto di consumo, la direttiva 2011/83/UE, recepita dal legislatore delegato nel 2014, reca modifiche sostanziali al Codice del Consumo e presenta numerosi aspetti innovativi.

Per completezza, prima di esaminare il complesso assetto degli obblighi informativi precontrattuali in capo al professionista, è necessario accennare - in termini generalissimi - alla direttiva in parola e al decreto che l'ha recepita solo per evidenziare che essa detta non solo la disciplina degli obblighi di informazione precontrattuale a carico dei professionisti che propongono ai consumatori di concludere contratti «a distanza» o «negoziati fuori dei locali commerciali» (articoli 6-8)¹⁹, ma anche contratti non qualificabili né come conclusi «a distanza», né come stipulati «fuori dei locali commerciali» (articolo 5)²⁰. Essa, contiene, poi, modifiche importanti riguardo all'esercizio del diritto

vo del principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost. e, conseguentemente, di quella uguaglianza non solo formale, ma altresì sostanziale *ex* art. 3 Cost., che di quel principio costituisce la prima espressione – da strumento (prevalentemente descrittivo) di accertamento e conseguente valutazione della condotta contrattuale delle parti – pensiamo all'art. 1337 per la fase della trattativa ed all'art. 1375 per la fase dell'esecuzione – diviene strumento (prevalentemente costruttivo) di correzione e di controllo del regolamento contrattuale.

¹⁹ Art. 6 rubricato «Obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali»; Art. 7 rubricato «Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali»; Art. 8 rubricato «Requisiti formali per i contratti a distanza».

²⁰ Art. 5 rubricato «Obblighi d'informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali».

di recesso spettante solo al consumatore che concluda contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali (articoli 9-16)²¹.

Il decreto legislativo di recepimento della anzidetta direttiva, composto di soli 2 articoli, sostituisce integralmente il Capo I (limitatamente agli artt. da 45 a 67) del Titolo III (Modalità contrattuali) del Codice, rubricato «Particolari modalità di conclusione del contratto». Significativamente il nuovo Capo I è denominato «Dei diritti dei consumatori nei contratti».

Sebbene il tema della nostra indagine attenga più propriamente agli obblighi di informazione precontrattuale, è opportuno illustrare sinteticamente le principali modifiche introdotte dal legislatore delegato, non senza aver prima delineato ambito di applicazione ed esclusioni della nuova normativa consumeristica.

Preliminarmente è da rimarcare che i nuovi articoli da 45 a 47 del Codice del Consumo ampliano e modificano la gamma di definizioni originariamente contenute nel Codice; delineano, poi, l'ambito di applicazione e forniscono un elenco di tipologie contrattuali escluse dall'applicazione delle nuove disposizioni²².

Ora, più che sulle nuove definizioni²³, ai fini della

²¹ Art. 9 rubricato «Diritto di recesso»; Art. 10 rubricato «Non adempimento dell'obbligo d'informazione sul diritto di recesso»; Art. 11 rubricato «Esercizio del diritto di recesso»; Art. 12 rubricato «Effetti del recesso»; Art. 13 rubricato «Obblighi del professionista nel caso di recesso»; Art. 14 rubricato «Obblighi del consumatore nel caso di recesso»; Art. 15 rubricato «Effetti dell'esercizio del diritto di recesso sui contratti accessori»; Art. 16 rubricato «Eccezioni al diritto di recesso».

²² Art. 45 rubricato «Definizioni», Art. 46 rubricato «Ambito di applicazione», Art. 47 rubricato «Esclusioni».

²³ In particolare, attraverso una tecnica legislativa oramai da tempo diffusa, l'art. 45, rubricato «Definizioni», individua le nozioni chiave poste a fondamento del nuovo corpo normativo introdotto nel Codice; si tratta di definizioni che rappresentano la trasposizione, nell'ordinamento interno, dell'art. 2 direttiva 2011/83/UE e che sono dotate di natura «speciale» in quanto valevoli soltanto per il Capo I, Titolo III, Parte III del Codice del Consumo. Costituiscono una novità assoluta le definizioni relative a: «beni prodotti secondo le indicazioni del consumatore», come qualsiasi bene non prefabbricato prodotto in base a una scelta o decisione individuale del consumatore; «contratto di vendita», definito come qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi; «contratto di servizi», definito come qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo; «contenuto digitale», costituito dai dati prodotti e forniti in formato digitale; «locali commerciali», come qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente; oppure qualsiasi locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale; «asta pubblica», definita come metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudi-

nostra indagine, occorre soffermarsi sull'ambito di applicazione oggettivo della nuova disciplina ampliata, in linea con la direttiva europea, a qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore, compresi quelli riguardanti la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale²⁴.

Restano, invece, esclusi dall'ambito di applicazione della nuova disciplina alcuni importanti blocchi dei principali contratti di consumo²⁵.

catario è vincolato all'acquisto dei beni o servizi. Guardando alle nuove definizioni di "contratto di vendita" e di "contratto di servizio", si può osservare che non solo incidono, come già avveniva in passato, in ordine ad una diversa decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso, ma hanno una portata molto più cogente ed innovativa, ampliando l'ambito di applicazione della nuova normativa che, per tali fattispecie, prevede "altri diritti dei consumatori" (sezione IV). Degna di considerazione è anche la nuova definizione di "locali commerciali" funzionale, nell'attività interpretativa, all'individuazione dei tipi contrattuali ricompresi tra i c.d. contratti diversi, ai quali la novella dedica una specifica disciplina delle obbligazioni precontrattuali (art. 48 c. cons.). Contenuto modificativo oltre che ampliativo ha anche la definizione di "contratto negoziato fuori dei locali commerciali", come "qualsiasi" contratto tra il professionista e il consumatore. Questa tipologia contrattuale viene definita in termini più generali e, quindi, ha un ambito maggiore rispetto alla formulazione previgente, includendo non solo il contratto concluso in luogo diverso dai locali commerciali (art. 45, lett. h) n. 1) ma anche il contratto concluso nei locali del professionista e ciò, si precisa, purché tale conclusione avvenga «immediatamente dopo che il consumatore sia stato avvicinato personalmente e singolarmente in un luogo diverso dai locali del professionista» (art. 45, lett. h) n. 3). A colorare di assoluta novità la recente formulazione è la rilevanza giuridica assegnata alla fase precontrattuale tanto che il legislatore ha ritenuto di dover disciplinare la fase per così dire di "adescamento" del consumatore. Modificata ed ampliata anche la "Garanzia", definita come qualsiasi impegno di un professionista o di un produttore (il "garante"), assunto nei confronti del consumatore, in aggiunta agli obblighi di legge in merito alla garanzia di conformità, di rimborsare il prezzo pagato, sostituire, riparare, o intervenire altrimenti sul bene, qualora esso non corrisponda alle caratteristiche, o a qualsiasi altro requisito non relativo alla conformità, enunciati nella dichiarazione di garanzia o nella relativa pubblicità disponibile al momento o prima della conclusione del contratto. Da ultimo, modificativa di quella attualmente presente nel Codice è anche la definizione riferita al "bene", come qualsiasi bene mobile materiale ad esclusione dei beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie; rientrano fra i beni oggetto della presente direttiva l'acqua, il gas e l'elettricità, quando sono messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata (nuovo art. 45).

²⁴ Il riferimento normativo è all'art. 46, comma 1, che a sua volta ricalca l'art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2011/83/UE; con la precisazione che l'estensione a qualsiasi contratto è temperata in considerazione dell'ambito di operatività delle singole discipline inserite nel provvedimento dell'Unione e delle specifiche esclusioni contenute in singole disposizioni (si pensi, agli art. 61 e 63 che si applicano solo ai contratti di vendita e non anche ai contratti di servizio).

²⁵ Più precisamente, ai sensi dell'art. 47 del Codice del Consumo,

3. I "nuovi" obblighi informativi precontrattuali nel Codice del Consumo

Delineate le qualificazioni giuridiche di professionista e consumatore e tratteggiato l'impianto normativo di modifica del Codice del Consumo, veniamo al cuore della nostra analisi tesa ad evidenziare l'ampliamento quantitativo e qualitativo di informazioni che il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore sin dalla fase precontrattuale.

Premesso che la trasparenza e la completezza delle informazioni sulle condizioni contrattuali rendono il consumatore consapevole delle proprie scelte e lo mettono nella condizione di comparare le varie offerte, il perno della nuova disciplina consumeristica è costituito dall'obbligo informativo precontrattuale in capo al professionista ed il cui adempimento è condicio *sine qua non* del corretto formarsi della volontà negoziale e della stessa espressione di un valido consenso da parte del contraente debole; esso, pertanto, accorda protezione al consumatore avverso informazioni false o ingannevoli. Del resto, il mancato adempimento degli obblighi di informazione comporta la qualificazione della condotta del professionista come pratica commerciale scorretta, tanto che la completezza delle informazioni fornite dal professionista al consumatore è uno dei motivi di maggiore contenzioso dinanzi all'Autorità garante della Concorrenza ed il Mercato (Agcm o Antitrust)²⁶.

Si è già detto che la modifica legislativa ha riguardato il Capo I del Titolo III della parte III del Codice del Consumo, quest'ultima dedicata al rapporto di consumo.

Segnatamente, fra le maggiori novità, la nuova Sezione I del Capo I (composta del solo art. 48), è

restano esclusi quelli riferiti a servizi sociali, assistenza sanitaria, attività di azzardo, servizi finanziari (si pensi in particolare al credito al consumo, ai contratti a distanza di servizi finanziari), diritti su beni immobili, viaggi vacanze tutto compreso, multi-proprietà, fornitura di alimenti e bevande, trasporto passeggeri, distributori automatici, contratti stipulati con l'intervento di un pubblico ufficiale, i contratti turistici. Esclusi dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni sono anche i contratti negoziati fuori dei locali commerciali per i quali il consumatore deve pagare un corrispettivo che non è superiore a 50 euro; con la precisazione, tuttavia, che la novellata disciplina si applica nel caso di più contratti stipulati contestualmente tra le medesime parti, qualora l'entità del corrispettivo globale che il consumatore deve pagare, indipendentemente dall'importo dei singoli contratti, superi l'importo di 50 euro. Specifiche esclusioni sono, poi, contenute in singole disposizioni (es. artt. 61 e 63 contenuti sotto la Sezione III "altri diritti dei consumatori" che si applicano solo ai contratti di vendita ed ad alcuni contratti di fornitura di acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o a contenuto digitale e non ai contratti di servizio).

²⁶ Decisione Agcm, 16 ottobre 2008, n. 18997, in *Foro It.*, 2010, 1, 3, 47. Si precisa sin da ora che questa è l'Autorità competente, ai sensi dell'art. 66 Codice del Consumo, a giudicare in materia e, più precisamente ad irrogare misure inibitorie e sanzioni pecuniarie nei casi di inottemperanza delle disposizioni contenute nelle sezioni da 1 a 4 del Capo I.

dedicata alle informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali²⁷.

L'ambito di applicazione oggettivo dei nuovi obblighi di informazione precontrattuale è, pertanto, del tutto innovativo rispetto al passato: nel precedente quadro normativo, infatti, il legislatore europeo aveva espressamente escluso che essi potessero applicarsi al di fuori delle ipotesi tassativamente indicate²⁸. La *ratio* della nuova disciplina è evidentemente quella di consentire al consumatore di fare scelte consapevoli e informate a prescindere dalla natura del bene o dalle modalità di conclusione del contratto, con la conseguenza che i nuovi obblighi informativi precontrattuali entrano a far parte della disciplina generale dei contratti di consumo.

Ma la centralità dei nuovi obblighi informativi precontrattuali si ricava in maniera assai più significativa da alcune e più stringenti disposizioni contenute nella Sezione II del Capo I del titolo III del Codice del Consumo, dedicata alle informazioni precontrattuali per il consumatore e al diritto di recesso nei contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali.

Nel panorama contrattualistico delineato dalla riforma del 2014, quanto più la forma della negoziazione, *rectius* la fase dell'incontro delle volontà delle parti, si allontana da quella tradizionale, tanto più si assiste all'emersione di regole tese a proceduralizzare e strutturare la fase precontrattuale. In particolare, il legislatore delegato impone al professionista l'obbligo di assolvere a generali obblighi di informazione precontrattuale al precipuo scopo di riequilibrare le posizioni contrattuali e ciò, in risposta non solo ad un postulato economico che esige la parità di posizioni di partenza dei contraenti che si scambiano la domanda e l'offerta in un mercato libero, ma anche in risposta ad un'esigenza di giustizia contrattuale; laddove, poi, dalla specificità della modalità di contrattazione e dalla particolare pervasività e aggressività, possa derivare una più intensa asimmetria informativa tra le parti, ne impone di più dettagliati. A muovere il legislatore è, dunque, sempre la volontà di assicurare al consumatore la necessaria conoscenza di dati e circostanze di fatto e di diritto, di modo che possa valutare con consapevolezza l'*an* e il *quomodo* del proprio consenso; ciò che si impone con ancor più rilievo di fronte a quelle che nel gergo consumeristiche sono chiamate tecniche aggressive di vendita²⁹.

²⁷ Per le cui definizioni si rinvia al paragrafo precedente, ove sono tutte puntualmente riportate in nota.

²⁸ Si trattava delle ipotesi di acquisto di particolari beni (prodotti finanziari o assicurativi) e servizi, ovvero di contratti conclusi secondo peculiari modalità che esponevano il consumatore al comportamento scorretto o aggressivo del professionista (contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali).

²⁹ È quanto è a dirsi, appunto, con riguardo ai contratti a distanza e a quelli negoziati fuori dai locali commerciali, stante in

3.1. Segue: profili di rilevanza diretta dell'informazione

In una prospettiva di analisi generale delle disposizioni che disciplinano gli obblighi di informazione precontrattuale vengono in rilievo i nuovi articoli 48³⁰ e 49³¹; queste disposizioni recano un dettagliato elen-

un caso, l'impossibilità oggettiva per il consumatore di prendere visione del bene e di verificare accuratamente le caratteristiche del prodotto che intende acquistare e, nell'altro, l'esposizione a forme di sollecitazione suscettibili di condizionare le sue scelte commerciali, anche in relazione all'opportunità stessa di effettuare o meno l'acquisto.

³⁰ Art. 48, rubricato «Obblighi d'informazione nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali», a norma del quale «1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto diverso da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto: a) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi; b) l'identità del professionista, l'indirizzo geografico in cui è stabilito e il numero di telefono e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce; c) il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se applicabili, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; d) se applicabili, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento dei reclami da parte del professionista; e) oltre a un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie commerciali, se applicabili; f) la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni di risoluzione del contratto; g) se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica; h) qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili. 2. Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, si applicano anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale. 3. Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, non si applicano ai contratti che implicano transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione. 4. È fatta salva la possibilità di prevedere o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale per i contratti ai quali si applica il presente articolo».

³¹ Art. 49, rubricato «Obblighi di informazione nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali», a norma del quale «1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile: a) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi; b) l'identità del professionista; c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il

suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce; d) se diverso dall'indirizzo fornito in conformità della lettera c), l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può indirizzare eventuali reclami e, se applicabile, quello del professionista per conto del quale agisce; e) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo; f) il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; g) le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista; h) in caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 54, comma 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B; i) se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta; l) che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3; m) se non è previsto un diritto di recesso ai sensi dell'articolo 59, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso; n) un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni; o) se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali; p) l'esistenza di codici di condotta pertinenti, come definiti all'articolo 18, comma 1, lettera f), del presente Codice, e come possa esserne ottenuta copia, se del caso; q) la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto; r) se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto; s) se applicabili, l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista; t) se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica; u) qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile; v) se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso. 2. Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, si applicano anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale. 3.

co di informazioni che il professionista è obbligato a fornire al consumatore in maniera chiara³² e comprensibile³³ nella fase precontrattuale, prima, quindi, che questi sia vincolato dal contratto o da una corrispondente offerta; con espressa precisazione che queste informazioni formano parte integrante del contratto concluso³⁴ e non possono essere modificate se non con l'accordo espresso delle parti.

Non riteniamo opportuno soffermarci in questa sede su ciascuna declinazione dei novellati obblighi informativi precontrattuali che incombono sul professionista; indugeremo piuttosto e *per summa capita*, su alcuni che, nella prospettiva dell'informazione e della trasparenza si stagliano con particolare forza nel panorama di protezione del consumatore.

Nel caso di un'asta pubblica, le informazioni di cui al comma 1, lettere b), c) e d), possono essere sostituite dai corrispondenti dati della casa d'aste. 4. Le informazioni di cui al comma 1, lettere h), i) e l), possono essere fornite mediante le istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A. Il professionista ha adempiuto agli obblighi di informazione di cui al comma 1, lettere h), i) e l), se ha presentato dette istruzioni al consumatore, debitamente compilate. 5. Le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti. 6. Se il professionista non adempie agli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive o gli altri costi di cui al comma 1, lettera e), o sui costi della restituzione dei beni di cui al comma 1, lettera i), il consumatore non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi. 7. Nel caso di utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale, le informazioni di cui al comma 1 sono fornite, ove il consumatore lo richieda, in lingua italiana. 8. Gli obblighi di informazione stabiliti nella presente sezione si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nel decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e successive modificazioni, e nel decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni, e non ostano ad obblighi di informazione aggiuntivi previsti in conformità a tali disposizioni. 9. Fatto salvo quanto previsto dal comma 8, in caso di conflitto tra una disposizione del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni, sul contenuto e le modalità di rilascio delle informazioni e una disposizione della presente sezione, prevale quest'ultima. 10. L'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di informazione di cui alla presente sezione incombe sul professionista».

³² La chiarezza deve essere riferita alle modalità esteriori per il cui tramite l'informazione o la clausola si palesa al consumatore e, dunque, in relazione alla leggibilità e riconoscibilità di questa.

³³ La comprensibilità va intesa con riferimento al contenuto dell'informazione o clausola, che deve essere idoneo a rendere effettivamente edotto il consumatore circa le conseguenze giuridiche delle sue scelte.

³⁴ Il diritto a ricevere informazioni chiare e trasparenti gode, quindi, di una autonoma tutela che prescinde dagli effetti negativi che l'inadempimento degli obblighi informativi importa nella relazione contrattuale. Sul punto si veda, Cass., sez. I, 10.03.2010, n. 5843, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 10, 1, 971. Le informazioni rese al consumatore nella fase precontrattuale, infatti, vengono attratte all'interno del contratto stipulato, vincolando il contraente ad un adempimento conforme al contenuto del contratto stesso anche sotto il profilo della buona fede; sul punto si veda, Trib. Prato Sent., 10 febbraio 2009, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 7-8, 1, 668.

Nuovi e stringenti, ad esempio, sono gli obblighi di informazione precontrattuale che attengono alla identità e all'indirizzo geografico della sede del professionista. Per assicurare al consumatore la possibilità di comunicare con il professionista, il legislatore del 2014 amplia le modalità con le quali il recapito deve essere fornito, aggiungendo all'indirizzo geografico in cui è stabilito il professionista – nel caso in cui questo sia differente dal locale commerciale ove il contratto viene stipulato in quanto in contrasto con l'apparenza del contesto –, il numero di telefono e, con riferimento ai contratti a distanza e stipulati al di fuori dei locali commerciali, anche il numero di fax e l'indirizzo di posta elettronica³⁵. Nell'esercizio dei poteri di armonizzazione della direttiva il legislatore delegato ha introdotto anche l'obbligo di identificare l'intermediario per il quale il professionista agisce.

Non solo. A partire dal 13 giugno 2014, sempre sin dalla fase precontrattuale, il professionista ha l'obbligo di informare il consumatore circa il prezzo totale del bene o del servizio e laddove ne risulti impossibile il calcolo in anticipo, dovrà evidenziare le modalità del calcolo³⁶. A ciò si aggiunga che sussiste oggi per il professionista l'obbligo di indicare, se applicabili, le spese aggiuntive (di spedizione, consegna o postali ed ogni altra spesa) e di specificare, qualora esse non possano essere calcolate in anticipo, che le medesime potranno essere addebitate al consumatore, con la precisazione che in caso di inottemperanza a detto obbligo, tali spese non dovranno essere sostenute dal consumatore.

Il consumatore deve essere reso edotto del prezzo complessivo dell'operazione commerciale che si sta apprestando a compiere o, in caso di servizi a prestazione continuativa o periodica, dei parametri e delle modalità di calcolo del corrispettivo per il professionista. Allo sforzo del legislatore di rendere quanto più preciso possibile il prezzo, fa da eco il consolidato orientamento dell'Agcm³⁷ – in linea con quello della giurisprudenza amministrativa³⁸ – secondo il quale sin

dalla fase precontrattuale il professionista è obbligato a dare l'immediata percezione del prezzo finale.

Il professionista deve, poi, fornire al consumatore informazioni chiare e comprensibili circa le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione indicando anche la data entro la quale si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento di eventuali reclami, oltre che la sussistenza di una garanzia legalmente prevista di conformità per i beni e i connessi diritti.

Ed ancora, se previsto, il consumatore ha il diritto di essere informato sulla possibilità di avvalersi di un meccanismo extra-giudiziale per i reclami ed i ricorsi, nonché sulle relative modalità di accesso.

Precisi obblighi di informazione precontrattuale incombono sul professionista anche per quel che attiene alla durata del contratto, se applicabile³⁹; con la precisazione che se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, il professionista dovrà informare il consumatore circa le condizioni per recedere⁴⁰ e le condizioni di risoluzione del contratto⁴¹.

Nella novellata normativa consumeristica un'attenzione tutt'altro che sommaria – e sempre sin dalla fase precontrattuale – è dedicata anche al mondo dell'informatica e della telematica: sul professionista, infatti, incombono precisi obblighi informativi di natura squisitamente tecnica per l'ipotesi in cui il consumatore acquisti prodotti digitali. Segnatamente, le specifiche informazioni precontrattuali che il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore che acquisti un prodotto digitale devono concernere, se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale⁴² e, sempre se applicabili, qualsiasi interoperabilità⁴³ pertinente del

prezzo finale ed effettivo del prodotto, ma un prezzo base a cui si aggiungono ulteriori costi ed oneri quando il prezzo finale ed effettivo risulti di non chiara ed immediata percezione da parte del consumatore, per la difficoltà del calcolo o per la non agevole percezione delle relative informazioni [...]. Nel medesimo senso si veda anche decisione Agcm, 05 luglio 2001, n. 9747, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3001.

³⁵ Al riguardo, l'informazione dovrà essere dettagliata affinché il consumatore possa conoscere esattamente la durata del vincolo ma anche, in caso di somministrazione di servizi, la periodicità delle prestazioni. Sulla scorta di ciò, ad esempio, la giurisprudenza ha dichiarato nullo per indeterminatezza dell'oggetto un contratto di servizi di assistenza nel quale la prestazione del professionista risultava essere indefinita con riguardo tanto all'aspetto quantitativo che qualitativo, in quanto veniva indicato solo il limite massimo del servizio non anche quello minimo. Si veda Trib. Reggio Emilia, 10 ottobre 2012, in *Sito Il caso.it*, 2012.

³⁶ Con riferimento ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, si veda l'art. 49, lettera q).

³⁷ Con riferimento ai contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, si veda l'art. 48 lettera f).

³⁸ Da ultimo si veda, *ex multis*, T.a.r. Lazio Roma Sez. I, Sent., 21-01-2015, n. 994, in *Pluris Cedam*, 2015, secondo cui « la scelta di disaggregare il prezzo complessivo ed enfatizzare un prezzo base che non corrisponde al prezzo finale conferma infatti la continuazione della condotta ingannevole del professionista che persiste nel non indicare, contestualmente e con pari enfasi, le ulteriori voci di costo conoscibile ex ante che il consumatore deve prendere in considerazione per calcolare il prezzo finale»; T.a.r. Lazio Roma Sez. I, Sent., 21-07-2010, n. 27458, in *Pluris Cedam*, 2010, secondo cui «[...] si pone in contrasto con le previsioni normative del codice del consumo il messaggio che enfatizzi non il

³⁹ Per interoperabilità si intende la capacità di un prodotto o ser-

³⁵ La Corte di Giustizia ha precisato che le informazioni di contatto possono anche consistere in sistemi automatizzati che operano in Internet, purché sia prevista almeno una modalità alternativa affinché il consumatore possa comunque contattare il professionista anche se non avesse accesso alla rete elettronica.

³⁶ Al riguardo si evidenzia che la precedente normativa si limitava a richiedere come informazione il prezzo, con la specificazione di tasse ed imposte.

³⁷ Decisione Agcm, 27 marzo 2013, n. 24290, in *www.agcm.it*.

³⁸ Da ultimo si veda, *ex multis*, T.a.r. Lazio Roma Sez. I, Sent., 21-01-2015, n. 994, in *Pluris Cedam*, 2015, secondo cui « la scelta di disaggregare il prezzo complessivo ed enfatizzare un prezzo base che non corrisponde al prezzo finale conferma infatti la continuazione della condotta ingannevole del professionista che persiste nel non indicare, contestualmente e con pari enfasi, le ulteriori voci di costo conoscibile ex ante che il consumatore deve prendere in considerazione per calcolare il prezzo finale»; T.a.r. Lazio Roma Sez. I, Sent., 21-07-2010, n. 27458, in *Pluris Cedam*, 2010, secondo cui «[...] si pone in contrasto con le previsioni normative del codice del consumo il messaggio che enfatizzi non il

contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza, o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza.

Non solo. Il legislatore delegato irrigidisce gli obblighi di informazione precontrattuale anche con riferimento all'esercizio del diritto di recesso; più precisamente e, si ribadisce, solo con riferimento ai contratti a distanza e a quelli negoziati fuori dai locali commerciali, sin dalla fase precontrattuale è fatto obbligo al professionista di fornire informazioni chiare e trasparenti riguardanti le modalità, i termini⁴⁴ e le procedure per esercitare il diritto di recesso, all'uopo potendosi servire anche dei moduli predisposti dal legislatore ed allegati al decreto e con l'obbligo di rendere noto al consumatore che in caso di esercizio del diritto di recesso costui potrebbe dover sostenere i costi della restituzione del bene. Qualora il professionista non ottemperi al detto obbligo, i costi dovranno essere sostenuti da quest'ultimo.

Sempre nella prospettiva di rendere il consumatore quanto più edotto possibile circa l'esercizio dei propri diritti connessi al rapporto di consumo, nei casi in cui il diritto di recesso non sia previsto⁴⁵, al professionista è fatto obbligo di fornire la relativa informazione o, comunque, di comunicare i casi in cui il consumatore non goda di tale diritto. Il legislatore ha così inteso sottolineare, da un lato, l'eccezionalità dei casi di esclusione del diritto di recesso a favore del consumatore, dall'altro, il rilievo che assume il diritto di recesso per il consumatore, parte debole del rapporto di consumo e, conseguentemente, la necessità di dare effettività all'istituto del recesso.

Tanto si vuole rafforzare il profilo informativo circa l'esercizio del diritto di recesso, che alla violazione del relativo obbligo corrisponde l'estensione del periodo entro il quale potrà essere esercitato il diritto di ripensamento: dai 60 e 90 giorni di cui alla previgente disciplina – rispettivamente, dalla conclusione del contratto o dalla consegna del bene – si passa a ben dodici mesi dalla stipula, con significativo prolungamento, quindi, del *tempus deliberandi*.

È del tutto evidente che la disciplina sul recesso e la scelta legislativa di renderlo oggetto di preciso obbligo informativo in capo al professionista sin dalla fase precontrattuale, riflette la finalità che la riflessione sia

vizio di cooperare con altri prodotti o servizi, senza difficoltà e con affidabilità di risultato).

⁴⁴ Sempre nella evidente prospettiva di maggior tutela della parte contrattuale più debole, è oggi previsto un più ampio termine di decadenza per l'esercizio del diritto di recesso: 14 giorni di calendario, a fronte dei 10 giorni lavorativi, con la precisazione che per i contratti di servizi la decorrenza del termine è stabilita a far data dalla conclusione del contratto e per i contratti di vendita dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso del bene.

⁴⁵ Art. 59, rubricato «Eccezioni al diritto di recesso», ove sono previste tredici ipotesi eccezionali in cui il diritto di recesso in relazione ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali è tassativamente escluso.

protratta per una fase ulteriore rispetto al momento della dichiarazione formativa del contratto; il che rivela l'importanza dell'asimmetria informativa sul piano normativo e l'emersione della "ponderazione" quale nuovo presupposto di sufficienza del volere del contraente debole.

Sempre nella prospettiva tesa ad evidenziare come gli obblighi di informazione connotino in maniera significativa l'intera vicenda negoziale sin dalla sua fase precontrattuale – sì da divenire parte integrante della proposta contrattuale, incentrata sull'esigenza di garantire al consumatore di ottenere tutte le informazioni utili già prima della sottoscrizione di un contratto o di una offerta e prendere una decisione informata e consapevole – si evidenzia che in caso di controversie, il consumatore è tenuto ad allegare solo l'omessa ricezione delle informazioni prescritte, laddove l'adempimento degli obblighi di informazione finora evidenziati incombe sul professionista.

E ciò, prima ancora che in ossequio al principio della vicinanza della prova – quale principio regolatore della disciplina della distribuzione dell'onere della prova tra le parti processuali⁴⁶ –, in applicazione delle regole poste dall'art. 1218 c.c.⁴⁷.

L'informazione, in definitiva, assume un tale rilievo da ergere a prestazione che, tutt'altro che accessoria, si riflette a tal punto nel futuro regolamento negoziale da marcare fortemente l'obbligo di diligenza in seno ad una precisa fase negoziale del professionista, sul quale, in caso di eccezione, non potrà che gravare l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento della sua prestazione.

⁴⁶ Cass. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.*, 2008, 8-9, 687; Cass. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 582, in *Giur. it.*, 2008, 10.

⁴⁷ Si veda, *ex multis*, nella giurisprudenza di merito Trib. Bolzano 6 giugno 2013, in *Banca Borsa e tit. credito*, 2013, fasc. 6, pag. 674. Principio recentemente ribadito, in tema di contratti di credito ai consumatori, anche dalla giurisprudenza europea. Sul punto si veda Corte Giustizia, IV sezione, 18 dicembre 2014, n. 449/13, in *Dir. Comunitario on line*, 2015, secondo cui «[...] il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento[...]. Un'affermazione che la Corte di Giustizia estende anche nel caso in cui sia dedotto l'inadempimento dell'obbligazione ovvero il suo inesatto adempimento e anche laddove l'inadempimento o l'inesatto adempimento abbiano ad oggetto la violazione di doveri accessori, quali quello di informazione. Non sarebbe, pertanto, compatibile con la disciplina comunitaria una distribuzione dell'onere probatorio che faccia gravare sul consumatore la dimostrazione di non aver ricevuto gli obblighi di informazione pena una compromissione del principio di effettività.

3.2. Segue: profili di rilevanza indiretta dell'informazione

Scorrendo con la massima attenzione richiesta dalla rilevanza del tema, appare opportuno soffermarsi anche sulle modalità attraverso le quali il professionista deve adempiere agli obblighi informativi precontrattuali con particolare riferimento ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali.

Del resto, che tra i vincoli di forma e quelli di informazione ci sia un legame inscindibile, è confermato dal continuo rinvio che le stesse disposizioni consumeristiche sulla forma compiono a quelle che disciplinano gli obblighi informativi.

Quel che si vuole evidenziare, però, è che cedendo alla tentazione di formalizzare ogni passaggio informativo⁴⁸, infittendo oltremodo la rete degli adempimenti e delle tutele formali, il legislatore delegato è scivolato, a volte, in pericolose disinvolture giuridiche.

È emblematico in tal senso il secondo comma del nuovo art. 51 del Codice del Consumo⁴⁹. Un'attenta lettura della disposizione in parola consente di apprezzare l'enorme rilievo assunto dagli obblighi informativi che, lungi dal risolversi in meri vincoli di comportamento, assumono un ben più significativo rilievo, atteso che la mancata trasparenza del professionista può incidere sulla stessa validità del rapporto. Infatti, con riferimento ai contratti a distanza onerosi che devono essere conclusi con mezzi elettronici e che impongono al consumatore un obbligo di pagamento del prodotto o servizio al momento in cui viene inoltrato l'ordine, probabilmente peccando di una certa leggerezza in punto di diritto, il legislatore statuisce che se il professionista non informa dettagliatamente il consumatore delle modalità tecniche attraverso le quali egli può manifestare validamente il proprio consenso, e segnatamente se non reitera l'avviso che l'ordine di acquisto comporta l'obbligo di pagamento, questi «non è vincolato dal contratto e dall'ordine».

⁴⁸ Sulla forma «come modalità necessaria che ingessa rigorosamente informazioni, anche predeterminate, durante le scansioni pre e post contrattuali, nettamente distinte dalla fase centrale della conclusione del contratto», si rinvia a R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e impr. Europa*, 2012, pp. 582 ss.

⁴⁹ Art. 51, rubricato «Requisiti formali per i contratti a distanza», a norma del quale «[...] 2. Se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, lettere a), e), q) ed r), direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine. Il professionista garantisce che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare. Se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole "ordine con obbligo di pagare" o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista. Se il professionista non osserva il presente comma, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine [...]».

Ora, che si tratti di una espressione piuttosto criptica dal punto di vista giuridico è assai evidente, non essendo immediatamente riconducibile, almeno *illico et immediate*, alle tradizionali categorie giuridiche con le quali il giurista è abituato a confrontarsi e, segnatamente, con quelle di nullità (categoria peraltro non ignota al Codice del Consumo che la contempla con riferimento alle clausole vessatorie)⁵⁰, di inefficacia, di inesistenza, di nullità di protezione etc. Emerge, quindi, un problema interpretativo⁵¹ che, per parte della dottrina, potrebbe risolversi nel senso che, laddove il professionista non reiteri al consumatore l'avviso che l'ordine di acquisto comporta l'obbligo di pagamento,

⁵⁰ Invero, prima dell'emanazione del D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del Consumo, la tutela del consumatore, nel caso specifico di contratti conclusi sulla base di condizioni generali di contratto e di clausole vessatorie, era data dall'applicazione dell'art. 1341 c.c. Come noto, le clausole abusive prevedono condizioni contrattuali a vantaggio di colui che le ha predisposte ed a danno della parte aderente. In tale ipotesi, la tutela del consumatore era di tipo solo formale considerato che, in base all'art. 1341 c.c., le clausole abusive, se specificamente approvate per iscritto dall'aderente, sono da considerarsi efficaci. La disciplina di derivazione comunitaria (contenuta, con riguardo alle clausole vessatorie, inizialmente negli artt. 1469-bis - 1469-sexies e, poi, negli artt. 33-38, Codice del Consumo) garantisce al consumatore una forma di tutela sostanziale nei confronti del professionista. Diversamente dal passato, la nuova tutela del consumatore permette al giudice di valutare e sindacare contenuto e giustizia del contratto. Statuendo che «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», l'art. 33, Codice del consumo collega l'abusività delle clausole non al dato formale della mancata specifica sottoscrizione delle medesime da parte dell'aderente, bensì al «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Più precisamente, nel caso dell'anzidetto significativo squilibrio a carico del consumatore, l'art. 36, Codice del Consumo, prevede la nullità delle clausole considerate vessatorie, precisando al contempo che, per il resto, il contratto rimane valido. Il legislatore, in particolare, ha stabilito non solo la nullità di tutte le clausole che introducano un grave squilibrio tra i diritti e gli obblighi del professionista e del consumatore, salvo la prova della avvenuta trattativa individuale tra i predetti soggetti, ma anche che talune clausole, espressamente indicate all'art. 36, comma 2 del Codice del Consumo, sono nulle quantunque oggetto di trattativa. Anche attraverso la disciplina delle clausole vessatorie, quindi, la protezione del consumatore viene rafforzata nella misura in cui dall'inefficacia delle clausole abusive (prevista dall'art. 1341 c.c. e dall'abrogato art. 1469-quinquies c.c.) si approda nel Codice del Consumo alla più forte nullità delle stesse. Si tratta di una nullità di protezione, operando esclusivamente a vantaggio del consumatore. Non solo, sempre nella prospettiva di un rafforzamento della tutela della parte più debole del rapporto di consumo, la nuova normativa amplia anche l'ambito oggettivo della tutela del consumatore. Mentre, infatti, l'art. 1341 c.c. si riferisce all'ipotesi particolare delle condizioni generali di contratto, l'art. 33, Codice del Consumo, lungi dal recare alcuna limitazione consente anche al consumatore, nel caso di un contratto individuale stipulato con il professionista, di rilevare l'abusività delle clausole.

⁵¹ Si precisa che sui rimedi civilistici invocabili a fronte della violazione degli obblighi di informazione precontrattuale si tornerà più avanti.

il contratto non venga proprio ad esistenza e/o che non si perfezioni e che, comunque, il consumatore non sia tenuto al pagamento del prezzo⁵². A tal riguardo non si può certo escludere che la sibillina disposizione possa orientare la giurisprudenza a ritenere che la violazione in questione – *prima facie* solo comportamentale – non sia sanzionabile solo con i rimedi della risoluzione e/o del risarcimento del danno, ma si collochi sul versante della stessa inefficacia strutturale e genetica del vincolo, se non della vera e propria nullità, con conseguenze ancora tutte bene da comprendere e da studiare in ordine alla distinzione, tenuta ferma ma sempre più erosa anche dalle corti di merito, tra profili di responsabilità e, quindi, comportamentali, da un lato, e nullità ed annullabilità, dall'altro, e, quindi, vizi genetici dell'atto dall'altro⁵³.

4. La tutela più incisiva predisposta in favore del contraente debole nei contratti telematici

Da un'analisi generale delle disposizioni che disciplinano gli obblighi di informazione e trasparenza precontrattuale che, come visto, tendono ad incrementare sotto il profilo quantitativo e qualitativo le informazioni che il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore sin dalla fase precontrattuale, se ne ricava il quadro di una tutela quanto mai specifica che, guardando soprattutto ai contratti a distanza, e segnatamente a quelli telematici, consente di elidere sul nascere, anche sulla scorta di autorevoli arresti giurisprudenziali⁵⁴, qualsiasi presunzione disinvolta di

maggior competenza ed informazione del contraente *online* rispetto a quello "canonico".

L'esame della nuova disciplina, infatti, evidenzia che il contraente, nella veste di consumatore *online*, appare al legislatore ancora meno informato ed avveduto rispetto a quello tradizionale; a sostegno di ciò diverse "spie" confermate nel panorama legislativo e giurisprudenziale. Si è già detto che ai sensi del novellato Codice, con riferimento ai contratti a distanza onerosi, il professionista deve garantire che al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare, ciò in quanto troppo spesso i consumatori/utenti versano nella assoluta inconsapevolezza di aver sottoscritto in rete contratti di natura onerosa; è di tutta evidenza che una efficace tutela per il consumatore non può prescindere dalla consapevolezza che l'inoltro dell'ordine faccia sorgere l'obbligo di pagare.

Il legislatore ha così risposto non solo alle istanze provenienti dalla dottrina⁵⁵ ma anche alle numerose denunce presentate all'Autorità garante della Concorrenza ed il Mercato (Antitrust) ed aventi ad oggetto condotte dei professionisti tese ad indurre il consumatore a ritenere che il servizio offerto tramite il sito internet sia gratuito, salvo poi scoprire di aver sottoscritto un contratto a titolo oneroso⁵⁶.

La nuova e più rigida normativa, quindi, aspira sì ad incentivare e accompagnare la crescita del commer-

⁵² M. F. QUATTRONE e G. FELICIANGELI, in A. M. GAMBINO - G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori*, Commentario al d.lgs. n. 21/2014, Giappichelli, 2014, p. 103.

⁵³ Trib. Mantova, 18.3.04 n. 614 in *Giur. it.*, 2004, 2125, sulla violazione dei doveri informativi in materia di vendita di prodotti finanziari.

⁵⁴ Significativa, *ex multis*, la pronuncia del Trib. Milano Sez. I Ord., 23 maggio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 12, 1253 con la quale la Corte è stata chiamata a dirimere un contenzioso tra una Fondazione – che, su *Google*, vedeva associato il proprio nome alle parole truffa, setta e plagio – e la compagnia stessa. Nel caso specifico, *Google* si difendeva rimettendo la responsabilità dell'accostamento all'algoritmo matematico del servizio di "auto complete" (auto completamento, funzionalità, questa, che riproduce statisticamente il risultato delle ricerche più popolari effettuate dagli utenti) e "ricerche correlate" assumendo che questo aspetto sarebbe ben noto ai fruitori di Internet, con la conseguenza che la condotta di *google* non valeva ad integrare alcuna ipotesi diffamatoria a danno della fondazione. Il Tribunale ha chiarito che il funzionamento del motore di ricerca non è per nulla noto all'utente medio di Internet e che comunque non si può presupporre che lo sia. Non vi sono, cioè, elementi per affermare che in generale gli utenti di Internet abbiano un livello di conoscenza del motore di ricerca e dei suoi servizi tale da consentire loro di comprendere che i suggerimenti proposti da "Autocomplete" sono solo il prodotto di un sistema che raccoglie le ricerche più popolari e in definitiva da non lasciarsi condizionare nel giudizio dagli accostamenti di parole suggerite dalle funzioni "Autocomplete". Nel medesimo senso, si vedano anche Trib. Milano, Sent., 09-09-2011, in *Pluris Cedam*, 2011; Trib. Roma, 13-12-2011, in *Pluris Cedam*, 2011. A titolo dimostrativo della intensa sensibilità

dell'Europa per l'utente *on line* (non solo consumatore), e sempre presupponendo che il contraente *on line* sia meno informato ed avveduto di quello *off line*, si segnala la recente Risoluzione B8-0286 del 24 novembre 14, approvata dall' Euro Parlamento con la quale si chiede al colosso *Google* la separazione dei servizi di ricerca online dagli altri servizi commerciali, sostenendo che tale attività non rispetti le regole di concorrenza e di mercato imposte dall'Antitrust.

⁵⁵ Sul punto, si rinvia a R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. merito*, 2013, XII, 2553 B.

⁵⁶ Decisione Agcm, 14 dicembre 2011, n. 23107, in *www.agcm.it*. Il fenomeno ha riguardato alcuni prodotti software offerti apparentemente in modo gratuito: il consumatore digitava su *Google* il nome del prodotto, disponibile peraltro liberamente in rete, utilizzando parole chiave come 'gratis' e come primo risultato appariva il link *www.italia-programmi.net* tramite il quale si trovava nella *home page* del sito. Introducendo i dati personali, come richiesto per registrarsi e scaricare il software ricercato, e senza la richiesta di carte di credito o altre modalità di pagamento, il consumatore attivava inconsapevolmente un contratto di abbonamento a titolo oneroso di durata biennale, dell'importo annuale di 96 euro. La pagina di registrazione riportava i termini dell'abbonamento con un'evidenza grafica non sufficiente ad una loro immediata comprensione. Caduto nella "trappola" l'utente, la società iniziava ad inviare richieste di pagamento dopo che erano trascorsi dieci giorni dalla registrazione, rendendo dunque impossibile l'esercizio del diritto di recesso e negandolo anche a quanti lo avevano esercitato tempestivamente. I pagamenti richiesti dovevano essere effettuati tramite bonifico su un conto presso una banca di Cipro e ai consumatori che non pagavano arrivavano solleciti di pagamento con l'applicazione di costi aggiuntivi, arrivando finanche a paventare l'esperimento di un'azione penale pur di esercitare un'indebita pressione psicologica.

cio elettronico di prodotti e servizi ma, al contempo, intende tranquillizzare il consumatore – tradizionalmente “diffidente” nei confronti degli acquisti in rete – e, non ultimo, eliminare gli effetti distorsivi di quelle che nel gergo del legislatore europeo vengono qualificate “trappole dei costi”, quelle in cui incappa il consumatore che si ritrova a pagare per servizi che riteneva essere gratuiti (oroscopi, ricette, suonerie e giochi elettronici etc.) e che già formano oggetto di numerose doglianze rivolte all’Agcm. Del resto, una efficace tutela per il consumatore non può prescindere dalla sua consapevolezza circa il fatto che l’inoltro dell’ordine di acquisto faccia sorgere l’obbligo di pagare; occorre, quindi, che il consumatore *on line* sia reso edotto di questa correlazione e tutelato contro i costi celati su Internet.

5. La violazione degli obblighi di informazione precontrattuale: *quid iuris?*

Così delineato lo scenario in cui si collocano gli obblighi informativi precontrattuali di cui alla normativa di settore in favore del consumatore, si impone una riflessione sulle sanzioni collegabili alla loro violazione; una riflessione a cui non può certamente sottrarsi l’interprete del diritto positivo a cui è affidato il delicato compito di reperire strumenti utili ai fini dell’applicazione delle norme.

Acclarato l’ampliamento sotto il profilo qualitativo e quantitativo degli obblighi di informazione precontrattuale, occorre domandarsi se, a fronte della loro inottemperanza, siano applicabili le tradizionali tutele civilistiche. Resta il dubbio perché, disattendendo l’invito del legislatore comunitario⁵⁷, il comma 2 dell’art. 67 del novellato codice si è limitato a statuire che «Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti».

Si tratta, più precisamente, di individuare l’ambito in cui rileva la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale di cui alla novella legislativa.

Ebbene, l’espressa precisazione legislativa circa il fatto che, con riferimento ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, le informazioni precontrattuali costituiscano parte integrante del contratto⁵⁸, sembrerebbe allontanare la possibilità di collocarle nell’ambito precontrattuale (con la conseguenza che il professionista sarebbe tenuto a risarcire

il consumatore del danno consistente nel contenuto non favorevole alla parte disinformata) come, invece, ritiene parte della dottrina⁵⁹.

Sul punto, secondo alcuni autori le informazioni oggetto di obbligo di comunicazione preventiva a carico del professionista, già parte integrante del contratto per espressa volontà del legislatore, andrebbero collocate all’interno delle regole poste a tutela del sinallagma, cioè dell’equilibrio delle prestazioni che sono l’una in funzione dell’altra⁶⁰ (nullità, risoluzione e risarcimento del danno quali tradizionali rimedi contrattuali civilistici)⁶¹.

Il rischio, però, è che così si estendano i confini del sinallagma sino ad abbracciare le informazioni minime essenziali oggetto dell’obbligo preventivo di comunicazione di cui al 49.

Di contro, un consolidato orientamento della Suprema Corte esclude che gli obblighi informativi in questione abbiano un carattere imperativo da cui discenderebbe la nullità virtuale del contratto *ex* 1418 c.c.⁶², né sarebbe possibile – in virtù della non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità – desumere una regola generale che faccia discendere dalla mancata ottemperanza degli obblighi di informazione precontrattuale, quali regole di comportamento, la nullità del contratto. Per i giudici di legittimità, salvo espressa previsione della sanzione, il fatto che determinate disposizioni risultino dettate non solo nell’interesse del singolo contraente ma anche nell’interesse generale all’integrità e al corretto funzionamento del mercato, non è sufficiente a determinare la nullità del contratto per violazione delle stesse⁶³.

⁵⁹ In tal senso G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 144 ss.

⁶⁰ Anche per Corte giust., 10 aprile 2008, n. 412/06, in *Foro It.*, 2009, 5, 4, 255, sono regole funzionali alla corretta formazione della volontà contrattuale.

⁶¹ In tal senso, V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione* (a proposito di *Cirio bond & tango bond*), in *Danno resp.*, 2005, pp. 896 ss.

⁶² Cause di nullità non espressamente previste come tali dalla legge ma desunte in via interpretativa sulla scorta della riconosciuta natura imperativa delle norme rispetto alle quali ‘atto nullo contrasterebbe.

⁶³ Chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite della Cassazione hanno riaffermato la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non anche la violazione di norme, anch’esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, che può essere fonte di responsabilità. La violazione delle regole di comportamento tanto nella fase precontrattuale/ antecedente alla conclusione del negozio, quanto in quella esecutiva del rapporto, pur essendo fonte di responsabilità non incide, quindi, sulla genesi del negozio. Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Mass. Giur. it.*, 2007 e Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Fisco on line*, 2008. Sulla scorta di questa prospettazione, quindi, dedurre da singole norme

⁵⁷ Nella direttiva che il decreto ha recepito, infatti, si legge che «è necessario che gli Stati membri determinino le sanzioni da irrogare per la violazione della presente direttiva e ne garantiscano l’applicazione. Tali sanzioni dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive».

⁵⁸ Il riferimento è all’art. 49 del Codice del Consumo che, con riferimento ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, statuisce al comma 5 che «Le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti».

6. La rilevanza strutturale degli obblighi di informazione e trasparenza e i rischi di ipertrofia informativa

È dato di comune esperienza per gli operatori del diritto che gli interventi legislativi, tanto più se dal rilievo e dall'ampio respiro quale quello in esame, non si sottraggono ad incertezze interpretative ed applicative, tanto più nei primissimi *step* di applicazione della nuova disciplina.

In primis, appare evidente che, sulla scorta dell'aggiornata disciplina consumeristica, gli obblighi informativi precontrattuali – sebbene traggano la loro matrice nella clausola di buona fede di cui agli artt. 1337⁶⁴ e 1338 c.c.⁶⁵ e nei doveri di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. – appaiono assumere oramai, per intensità e numero, un rilievo tale da connotare l'intero rapporto contrattuale⁶⁶.

Di conseguenza, anche il diritto a ricevere informazioni chiare e trasparenti gode di un'autonoma tutela, a prescindere, cioè, dagli effetti negativi che l'inadempimento degli obblighi *de quo* importa nella relazione contrattuale.

Si può agevolmente constatare, dunque, che nel nuovo panorama consumeristico l'informazione asurge a diritto fondamentale del consumatore, ampiamente emancipata dalla tradizionale clausola di buona fede⁶⁷.

Non è un caso che la nuova e più stringente disciplina modifichi anche la natura degli obblighi di

informazione precontrattuale che, difatti, entrano anche a far parte della disciplina generale del contratto di consumo, attraverso la generalizzazione di regole originariamente dettate per discipline di settore o per specifiche fattispecie contrattuali. Muovendo da questo presupposto, nella materia *de qua*, troveranno applicazione i diversi criteri elaborati dalla giurisprudenza nazionale ed europea e definiti in relazione alle modalità con cui le informazioni devono essere rese⁶⁸.

L'accresciuta rilevanza della trasparenza informativa non esclude, tuttavia, l'insorgere di più di una perplessità, alla quale in tale sede possiamo solo accennare.

È, infatti, lecito domandarsi se non ci sia il rischio che una così ampia e dettagliata enunciazione di informazioni, pur nell'auspicato e condivisibile intento di rendere effettivo il *clare loqui* del professionista, non si riveli tra qualche mese anacronistica a fronte della rapida evoluzione delle tecnologie di e-commerce.

Ed ancora; se è vero che quanto più la negoziazione si discosta da quella tradizionale, tanto più aumenta la produzione di regole in materia contrattuale e se è vero che la tecnologia è in continua evoluzione e con essa le tecniche di scambio sul mercato, ove il legislatore intendesse stare pedissequamente al passo con l'evoluzione tecnologica (fisiologicamente inarrestabile), ne deriverebbe un'ipertrofia di regole contrattuali che, lungi dal garantire il principio della certezza del diritto, potrebbe piuttosto comprometterlo. Troppe informazioni potrebbero addirittura confondere il consumatore e, quindi, degradare a strumento consapevole o meno nelle mani del professionista per eludere la sostanza della norma.

Oltre a ciò, si consideri che nella disciplina generale, agli obblighi informativi precontrattuali nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali, già notevolmente rafforzati a vantaggio del consumatore, devono aggiungersi sia quelli già previsti dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 – che disciplina il commercio elettronico⁶⁹ – sia quelli di cui al d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 sulla direttiva servizi⁷⁰,

settoriali l'esistenza di nuovi principi di cui predicare il valore generale, postulandone l'applicabilità anche in settori diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni, appare piuttosto coraggioso, imponendosi una maggiore cautela. *Contra*, in dottrina, tentano di spiegare le ragioni per le quali dalla violazione di una regola di comportamento, se ed in quanto inerente il sinallagma funzionale, debba derivare la nullità, anziché la risoluzione: P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, 2, I, pp. 410 e 629 ss. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato Contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, II, p. 1262. Per la giurisprudenza di merito in tal senso si veda Trib. Mantova, 1 dicembre, 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 614; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 618.

⁶⁴ Obbligo di non recedere senza giustificato motivo dalle trattative, con connessa responsabilità da recesso immotivato.

⁶⁵ Obbligo di comunicare le cause di invalidità del concludendo contratto con connessa responsabilità per colposa reticenza.

⁶⁶ Si è già detto, ma giova ribadirlo, che le specifiche informazioni che il professionista è obbligato a fornire al consumatore formano, per espresso dettato legislativo, parte integrante del contratto con la conseguenza che le informazioni rese al consumatore nella fase precontrattuale vengono attratte all'interno del contratto stipulato, vincolando il contraente a un adempimento conforme al contenuto del contratto stesso anche sotto il profilo della buona fede.

⁶⁷ Del resto, la notevole capacità espansiva del diritto all'informazione è dimostrata dal fatto che esso origina dall'alveo della disciplina a tutela del consumatore, per estendersi progressivamente ad un novero sempre più ampio di figure di contraente debole.

⁶⁸ A. STAZI e D. MULA, in A. M. GAMBINO - G. NAVA, (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori*, *Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Giappichelli, 2014, p. 75.

⁶⁹ D. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, recante Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico. Pubblicato nella Gazz. Uff. 14 aprile 2003, n. 87, S.O. Vedi, anche, l'art. 49, commi 8 e 9, D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dall'art. 1, comma 1, D. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, a decorrere dal 13 giugno 2014, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 1, del medesimo D. lgs. 21/2014. Il decreto, che riguarda le attività di commercio elettronico ha, con tutta evidenza, molteplici punti di contatto con la disciplina della vendita a distanza e, anch'esso, prevede ampia copia di informazioni dovute sia al consumatore che, in generale, ai «destinatari dei servizi della società dell'informazione».

⁷⁰ D. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante Attuazione della direttiva

(nota anche come “*Bolkestein*”). Con la precisazione, peraltro, che in caso di contrasto tra le anzidette fonti, prevalgono le disposizioni di quest’ultimo⁷¹; con ciò ribaltando, oltretutto, l’esito dell’applicazione del criterio di “specialità” da sempre risolto in favore della legislazione speciale, tanto più se collocata *extra codice*. Rispetto a ciò si concorda con attenta dottrina che auspica, *de iure condendo*, un innesto delle disposizioni consumeristiche del D.lgs. n. 70 del 2003 sul commercio elettronico direttamente nel Codice del Consumo, inquadrando la restante materia del citato decreto in un codice completo delle comunicazioni elettroniche⁷².

Si ha dunque contezza della “sommatoria” di fonti di obblighi di informazioni che, pur perseguendo l’apprrezzabile obiettivo di tutelare il consumatore -ancor più quando si trovi a negoziare in contesti “spersonalizzati”- rischia però, sul versante dell’esatta ricognizione della normativa, di generare una sorta di ipertrofia informativa, a cui si aggiungono, in senso caotico a volte, definizioni piuttosto cangianti, considerando che nel contesto consumeristico i protagonisti sono definiti con denominazioni diverse da quella di “professionista” e “consumatore” ed attesa l’affermazione che le discipline consumeristiche «non ostano ad obblighi di informazione aggiuntivi previsti in conformità a tali disposizioni»⁷³.

Peraltro, è da dire che questa crescita esponenziale degli obblighi informativi non riguarda solo i contratti a distanza e quelli negoziati fuori dai locali commerciali: anche per i contratti cc. dd. “diversi”, infatti, il legislatore delegato fa salva la possibilità di prevedere o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale⁷⁴.

A ciò si aggiunga l’ulteriore dubbio, che in questa sede possiamo solo accennare, se l’adempimento degli obblighi informativi – pur così dettagliatamente precisati – valga di per se solo ad esaurire l’obbligo del *clare loqui* del professionista o sia possibile ricavare, in sede ermeneutica, dalla clausola di buona fede, ulteriori obblighi di una corretta comunicazione quando questa si renda necessaria in relazione alla natura dell’affare.

2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Pubblicato nella Gazz. Uff. 23 aprile 2010, n. 94, S.O. Anche questo decreto ha introdotto una serie di obblighi non solo sulle modalità di qualificazione e di svolgimento delle attività, ma anche informative (come, ad esempio, l’art. 31).

⁷¹ È quanto statuito dall’art. 49, comma 9, del Codice del Consumo.

⁷² In tal senso, in dottrina, si rinvia a ENZO MARIA TRIPODI, in *La vendita fuori dei locali commerciali ed a distanza*, in *Quaderni del diritto*, *Altalex*, 2014.

⁷³ La direttiva sui consumatori esattamente diceva che «si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nella direttiva 2006/123/CE e nella Direttiva 2000/31 CE, e non ostano a che gli Stati membri impongano obblighi di informazione aggiuntivi conformemente a tali Direttive (...)».

⁷⁴ Sul punto si veda il comma 4 dell’art. 48 del Codice del Consumo.

A nostro avviso sembra preferibile propendere per la seconda ipotesi che valorizza adeguatamente le richiamate disposizioni codicistiche di cui all’art. 1175 e 1337 e 1338 c.c.; disposizioni, queste, che non possono essere confinate nel limbo del giuridicamente irrilevante in tema di diritto dei consumatori ma che, anzi, hanno una portata rilevante e propulsiva, fonte di obblighi ulteriori anche se non codificati.

In ogni caso, quel che è certo, è che sarà sempre e solo in sede applicativa della nuova normativa che potranno essere valutati vantaggi e svantaggi di un così intenso ampliamento degli obblighi di informazione in capo al professionista. Un ampliamento che, come è lecito attendersi, sarà fonte di contenzioso dinanzi alle autorità di settore competenti⁷⁵.

⁷⁵ Il decreto attribuisce all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato gli stessi poteri istruttori e sanzionatori previsti per le pratiche commerciali scorrette: l’Antitrust potrà dunque comminare misure inibitorie o sanzioni pecuniarie fino a 5 milioni di euro alle imprese che non rispettano la nuova normativa, e che segnatamente non ottemperano alle nuove disposizioni ex sez. da 1 a 4 del Capo I). Ricordiamo che il mancato adempimento degli obblighi informativi comporta la qualificazione della condotta del professionista come pratica commerciale scorretta. La completezza delle informazioni fornite dal professionista al consumatore è uno dei più rilevanti elementi oggetto di analisi da parte dell’Agcm. Immediatamente operativa è la norma che affida in via esclusiva all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati. Sui provvedimenti, l’Antitrust dovrà acquisire il parere delle Autorità di regolazione competenti.

La (in)validità della notifica del ricorso di fallimento a mezzo PEC

Nota a App. Bologna, sez. III, 26.09.2014

abstract

The author analyzes the decision of the Corte d'Appello di Bologna which was declared the nullity of the judgment of bankruptcy because of the disability service by certified mail of the acts of art. 15 L. fall., because the pec address resulted assigned to multiple companies.

The author analyzes, with the right critical spirit, also the possible negative consequences, such as abuse of rights, which may arise from the application of the principle laid down in the decision examined.

keywords

Bankruptcy – Notification by pec – Address pec “duplicate” – Violation of right defense.

abstract

L'autore analizza la decisione della Corte d'Appello di Bologna con la quale è stata dichiarata la nullità della sentenza di fallimento per invalidità della notifica a mezzo posta elettronica certificata del ricorso e del decreto di convocazione previsti dall'art. 15 della legge fallimentare, in quanto l'indirizzo pec risultava assegnato a più società.

Si evidenziano, con giusto spirito critico, anche i possibili risvolti negativi, quale l'abuso del diritto, che potrebbero nascere dall'applicazione del principio fissato nel provvedimento esaminato.

parole chiave

Fallimento – Notifica a mezzo PEC – Indirizzo pec “duplicato” – Violazione diritto di difesa.

Procedimento per la dichiarazione di fallimento – Notifica a mezzo PEC del ricorso e del decreto di convocazione ex art. 15 l. fall. – Medesimo indirizzo pec assegnato contemporaneamente a più imprese – Invalidità della notifica – Nullità della sentenza di fallimento

Ai sensi dell' art. 15 l. fall. ca ex art. 15 L.F. pervenuta ad una società diversa da quella che ne doveva essere la destinataria e titolare del medesimo indirizzo PEC è nulla e non inesistente in presenza di chiarissime e rilevanti relazioni tra la notifica del ricorso-decreto ed il soggetto cui essa doveva pervenire come effettivo destinatario, insite nella corrispondenza letterale fra la PEC e la

sua denominazione societaria, nell'iscrizione alla CCIAA su apposita iniziativa e nella relativa domanda per conseguire l'indirizzo PEC utilizzato ai fini della notifica.

App. Bologna, sez. III, 26 settembre 2014

Pres. Rel. G. Colonna

(Omissis)

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

s.r.l. è stata dichiarata fallita con la sentenza richiamata in epigrafe ed ha proposto reclamo, allegando la violazione del diritto di difesa per non esserle stato notificato il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza (ai sensi del nuovo art. 15 della Legge Fallimentare, così come modificato dal D.L. 18.10.2012, n. 179, convertito in L. 17.12.2012, n. 221): ciò perché in data 7.3.2014 il funzionario della Cancelleria Fallimentare del Tribunale di Modena ha effettuato la notifica sulla casella ***@pec.it, che, pur essendo indicata alla Camera di Commercio come appartenente a ***, in realtà corrisponde ad una Società di denominata “ S.r.l.”; inoltre, dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INIPEC, consultabile sul portale del Ministero dello Sviluppo Economico) risulta che tale indirizzo è attribuito a quattro imprese (Immobiliare *** S.r.l. in liquidazione, *** S.r.l. in liquidazione, *** S.r.l. e, infine, ad essa reclamante).

Aggiunge che nel 2011 aveva chiesto l'attribuzione della casella PEC ***@pec. al gestore “***.it”, che lo aveva poi attribuito solamente a *** S.r.l., pur avendo confermato la prenotazione, ma senza peraltro successivamente comunicare di aver attribuito ad altri l'indirizzo pec, se non a seguito di informazioni chieste da *** dopo l'intervenuta sentenza di fallimento.

A seguito di tali fatti, *** rilevava di non aver mai avuto conoscenza del procedimento prefallimentare a causa della nullità della notifica, che rendeva nullo l'intero procedimento e la sentenza pronunciata.

Aggiunge, quale secondo motivo di gravame, la mancanza di legittimazione in capo al creditore precedente (il credito era di € 20.617,45) e, per il resto, afferma di non aver potuto entrare in possesso di una situazione patrimoniale aggiornata, a causa dell'intervenuta apposizione dei sigilli da parte del Curatore così designato.

A seguito di regolare notifica si è costituito in giudizio il solo creditore istante *** s.r.l., rilevando che – alla luce della normativa che regola l'utilizzo della posta certificata – l'attività notificatoria effettuata dalla cancelleria del Tribunale di Modena era da ritenersi perfettamente regolare, essendo il ricorso-decreto pervenuto alla casella di "posta elettronica certificata" risultante dalla Camera di Commercio; notava poi come le quattro società cui essa risultava attribuita siano tutte fra loro strettamente collegate, sia per la presenza quale socio minoritario di L.P., legale rappresentante di ***, sia per la "ripetuta realizzazione di operazioni di messa in liquidazione di società con suo trasferimento di proprietà o godimento d'azienda" intervenute tra dette società, mentre risultava altresì che nei locali ove *** aveva la propria sede legale era aperto uno show room facente capo ad altra società del "gruppo".

Affermava poi il superamento del limite di € 30.000,00 per debiti scaduti, dovendosi considerare l'entità complessiva degli stessi, e non solamente di quello della società richiedente il fallimento.

Alla prima udienza del giorno 11.7.2014, comparso personalmente il curatore del fallimento, la Corte ha disposto la richiesta di informazioni al gestore "****" e alla Cancelleria del Tribunale di Modena: al primo veniva chiesto di riferire circa il numero di "soggetti collegati alla pec ***@pec.it e quale di dette pec sia attiva, con riferimento in particolare alla società contraddistinta dal codice fiscale "****", che era quello indicato appunto nella relazione di notificazione della Cancelleria di Modena; a quest'ultima veniva invece richiesto "di chiarire in base a quali dati si afferma nella seconda pagina della ricevuta telematica che il messaggio è stato consegnato alla soc. *** contraddistinta da quel codice fiscale" (in realtà più corretto è il riferimento alla "partita IVA", poi evidenziato dalla risposta di

*** (GESTORE), di cui subito si dirà, ma così risultava l'indicazione nella ricevuta telematica di cui al doc. 4 di parte reclamante).

Pervenute le informazioni richieste e depositate brevi note dalle parti, all'udienza camerale del 26.9.2014 sono comparsi nuovamente i difensori delle parti costituite, nonché personalmente il curatore del fallimento, che ha depositato documentazione; all'esito di articolata discussione, la Corte si è riservata la decisione.

Va immediatamente osservato che la diffusa illustrazione dei fatti di causa e delle prospettazioni delle parti è stata resa necessaria dalla complessità delle questioni di fatto connesse alla recente introduzione della notifica a mezzo pec a cura della cancelleria (Legge n. 221/2012); altrettanto si rende opportuna, soprattutto per tentare di conseguire la massima chiarezza possibile di esposizione ed evitare fraintendimenti, una breve cronistoria delle sentenze pronunciate sul tema

da questa Corte di Appello, con una serie di decisioni emesse in un arco di tempo piuttosto breve.

Così, nella sentenza n. 1427 del 6.6.2014 (della quale si è occupato anche il "Sole 24 Ore" del 18.6.2014, a conferma della importanza e complessità dei temi in esame; la stessa sentenza è pubblicata per esteso sul sito www.giuraemilia.it), dopo un ampio *excursus* sulla legislazione che governa la notifica a mezzo pec (pagg. da 3 a 5, cui per brevità si rinvia), si è rilevato che l'attestazione di consegna "alla luce della legislazione per esteso sopra riportata, rende legalmente certa l'avvenuta conoscenza, che coincide con 'la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del destinatario' del messaggio, in tutto equiparata alla notifica a mezzo posta"; aggiungendosi inoltre che "di conseguenza è irrilevante la mancata 'apertura' del messaggio dovuta ad incuria del destinatario che ha perduto la *password*, essendo unicamente rilevante l'avvenuta consegna nelle forme legislativamente descritte con assoluta precisione, che generano certezza della effettiva conoscibilità dell'atto" e richiamandosi in proposito anche Cass. 7 maggio 2014, n. 9876: ne deriva quindi la costante conferma dell'evoluzione in atto e delle ragioni che hanno indotto a rigettare anche per tale profilo la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla società allora reclamante ("In tale contesto, scarso significato assumono le questioni di legittimità costituzionale, che partono dal presupposto di una più ampia certezza di conoscenza in capo al destinatario fornita dalle metodologie tradizionali, mentre esso non è in alcun modo dimostrato ed anzi è smentito dalla oramai generalizzata utilizzazione del sistema telematico in ogni ramificazione del vivere civile", così Cass.9876/2014).

Analoga a tale decisione è stata poi l'altra pronuncia di questa Corte di appello n. 1651 del 9.7.2014, ove – per quanto qui rileva – si è osservato: "Come si evince dalla visura della CCIAA di Bologna in atti, la *** s.r.l., in data 30.11.2011 ha modificato il proprio indirizzo di posta certificata da ***@legamail.it a ***@arubaperc.it e l'istanza di fallimento ed il decreto di fissazione dell'udienza prefallimentare risultano essere stati notificati in via telematica dalla Cancelleria del Tribunale di Bologna presso quest'ultimo indirizzo PEC, con esito positivo per avvenuta consegna al destinatario.

Stante l'osservanza delle formalità previste dal novellato art. 15 L.F., la reclamante non può dolersi della mancata notifica, dell'istanza e del decreto, a mezzo ufficiale giudiziario presso la propria sede".

In entrambi i casi, dunque, si è ritenuta sufficiente l'attestazione di consegna, purché (è il caso di sottolinearlo immediatamente) si consegua la certezza che detta "consegna" sia avvenuta ad una pec certamente riferibile al destinatario.

Diverso è stato l'esito di altra recentissima decisione di questa Corte, che è pervenuta, viceversa, alla de-

claratoria di inesistenza della notificazione: ad essa va attribuito rilievo nel caso di specie, soprattutto per la configurazione della gravità del vizio e per i relativi effetti; con la suddetta sentenza (n. 2002 del 22.9.2014) sempre nell'ambito di un procedimento *ex art.18 L.F.* si è così statuito: “Come risulta agli atti, a seguito del deposito delle due separate istanze di fallimento da parte di F. P. e della ***s.a.s., il Giudice Delegato dal Tribunale di Ravenna emise due distinti decreti di fissazione, al 7.5.20134 ad ore 9,30, dell'udienza prefallimentare *ex art. 15 l. fall.* mandando alla Cancelleria “per la notifica del ricorso e del presente decreto all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore risultante dai registri delle imprese o dall'apposito Indice nazionale”. Come parimenti risulta agli atti, la Cancelleria Fallimentare diede parziale esecuzione a quanto disposto dal G.D. notificando, all'indirizzo di posta certificata della Imm.re ***s.r.l. (info@pec.immo***.it), unicamente i suddetti due decreti di fissazione dell'udienza del 7.5.2014 ma non i ricorsi dei creditori istanti, in violazione dell'art. 15, 3° comma, l.fall. come modificato dall'art.17 D.L. n.179/2012, convertito nella L. n. 221/2012. Non trattandosi di nullità ma di inesistenza, sia pur parziale, della notifica degli atti necessari alla regolare costituzione del contraddittorio (in quanto relativa ai soli ricorsi introduttivi e non al decreto di fissazione dell'udienza *ex art. 15 l. fall.*), questa Corte non può rimettere la causa al primo Giudice, non ricorrendo nessuna delle ipotesi tassative previste dall'art. 354 c.p.c., la cui applicabilità ai reclami camerali è pacifica (per tutte Cass.n.17205/2013), ma deve limitarsi a dichiarare la nullità del giudizio prefallimentare e della relativa sentenza (sul tema: Cass.n.19358/2007; n.8608/2006).”

In quest'ultimo caso, si è dunque pervenuti alla declaratoria di inesistenza della notificazione e per tale motivo non si è rimessa la causa davanti al primo giudice.

Tanto premesso occorre analizzare il caso di specie nelle sue peculiari caratteristiche.

Può dirsi accertato che la notifica effettuata dalla Cancelleria del Tribunale di Modena non è pervenuta a ***, ma a *** S.r.l.. Infatti, nella sua nota in data 7.8.2014, il gestore *** ha risposto alle informazioni richieste, riferendo a questa Corte che “la casella ***@pec.it è attualmente assegnata esclusivamente alla società “ *** S.r.L”, con P.Iva. ***, ed attiva in favore di quest'ultima dalla data del 09/11/2011”. Nella stessa nota si aggiunge: “La società con P.ta IVA. *** e ragione sociale *** S.r.l., indicata nel verbale di udienza, non è mai stata assegnataria della casella di pec ***@pec.it; detta società, infatti, pur avendone richiesto l'attivazione in proprio favore, non ne è divenuta assegnataria avendo completato l'ordine di acquisto in un momento successivo a quello in cui detta casella era già stata assegnata alla *** S.r.l. Precisiamo, tuttavia, che la Scrivente non è a conoscenza dell'utilizzo che

l'utente fa della casella di PEC assegnata, né tantomeno se la stessa sia da lui o da altri comunicata a terzi come proprio recapito ufficiale, tra cui a titolo esemplificativo al Registro delle Imprese. L'erogazione del servizio di PEC consiste infatti nel mantenere attivo l'account acquistato dall'Utente per il periodo di tempo dal medesimo indicato, scaduto il quale lo stesso viene disattivato e cancellato dai nostri database”.

La Cancelleria di Modena in data 23.9.2014 ha evidenziato, per quanto qui rileva: “...ogni qualvolta viene depositata in Cancelleria un'istanza di fallimento, l'indirizzo PEC a cui deve essere notificato il ricorso ed il decreto di convocazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 L.F. viene ricavato automaticamente dal sistema inserendo il solo codice fiscale della società fallenda. Per quanto attiene la ricevuta telematica non risulta dalla stessa il codice fiscale del destinatario, bensì solo l'indirizzo della sede legale e l'indirizzo di posta elettronica certificata e l'attestazione che l'indirizzo PEC è stato reperito da INIPEC IMPRESE; risulta altresì indicato il numero identificativo del messaggio (5612648) cui corrisponde una indicazione di avvenuta consegna in data 7.3.2014, ad ore 7.37”.

Pertanto, non v'è dubbio alcuno sulle modalità attraverso le quali si è giunti alla notifica del ricorso-decreto nel caso di specie:

a) la Cancelleria di Modena ha utilizzato il sistema operativo predisposto dal Ministero, che ricava l'indirizzo pec dal codice fiscale-partita Iva del fallendo, e che trae tale indirizzo dall'INIPEC;

b) ben può accadere che all'INIPEC si trovino iscritte più imprese con il medesimo indirizzo pec, anche se per una sola di esse tale indirizzo è attivo (tuttavia tale dato non emerge dall'indice), come è stato ben chiarito dalla nota di ***, dovendosi unicamente aggiungere che – pur essendo presenti molteplici gestori di pec – il sistema consente comunque una unica pec attiva, quale che sia il gestore; va anche aggiunto, per completezza, che con la nota in data 11.6.2014 (documento ufficiale consultabile anche via internet) l'Agenzia per l'Italia Digitale, rispondendo al Ministero dello Sviluppo economico (doc. 12 del reclamante) ha precisato: “L'obbligo di utilizzare un proprio ed esclusivo indirizzo PEC da parte di ogni singola impresa è stato ribadito con successiva lettera-circolare prot. N. 99508 del 23 maggio 2014, con la quale il Ministero dello Sviluppo Economico comunica come non debba sussistere eccezione alcuna, invitando le Camere di Commercio a procedere ogni qual volta si rilevino, anche su segnalazione di terzi interessati, duplicazioni, alla cancellazione del dato, previa intimazione a sostituire l'indirizzo con uno proprio. Tenendo conto dell'importanza e della rilevanza della problematica, avuto riguardo ai possibili risvolti, anche sotto il profilo giuridico, di eventuali errori nell'individuazione dei destinatari delle comunicazioni effettuate per via telematica, si segnala quanto segue: 1) La scrivente ha

ricevuto una comunicazione formale da parte della Direzione Centrale Rischi dell'INAIL, che si allega, dalla quale emergerebbe la presenza, nel Registro delle Imprese, di circa 191.000 indirizzi PEC duplicati, ovvero assegnati contemporaneamente ad almeno due soggetti distinti; 2) Sono stati riscontrati casi concernenti indirizzi PEC del Registro delle Imprese non in grado di ricevere messaggi; Tutto ciò premesso, la scrivente concorda sull'assoluta necessità di assicurare che l'indirizzo PEC dichiarato dalle Imprese (siano esse societarie o individuali) e dai Professionisti iscritti in albi ed elenchi sia singolarmente ed esclusivamente riconducibile ai medesimi. Stante la necessità di aggiornare il Registro al fine di pervenire progressivamente all'eliminazione delle duplicazioni presenti, si chiede che vengano individuate ed applicate modalità e procedure per rendere disponibili in tempo reale sia le informazioni acquisite mediante interrogazione puntuale effettuata sul Portale delle Imprese (<https://www.inipec.gov.it/>), sia gli aggiornamenti dei dati per i quali è prevista la trasmissione in modalità massiva a beneficio delle pubbliche amministrazioni richiedenti" (enfasi aggiunta).

c) la Cancelleria del Tribunale si è correttamente attenuta al sistema fornito né si potevano esigere ulteriori ricerche, quali la consultazione dell'INIPEC, per la stessa urgenza di provvedere ad instaurare procedura di immediato interesse pubblicitario;

d) nessun controllo ulteriore circa la reale corrispondenza tra indirizzo pec cui la notificazione è stata inviata e codice fiscale-partita iva è stata effettuata, proprio perché la ricerca della pec era avvenuta su questa base;

e) certamente l'indirizzo pec cui la notifica è pervenuta non era riferito a *** essendo attivo unicamente per ***.

Alla luce di tali considerazioni, va detto che "l'attestazione di consegna" in questo caso non è idonea a far ritenere perfezionata la notifica nei confronti di ***, anche se (è ciò rileva per quanto subito si dirà) può dirsi certo che essa è pervenuta a ***.

Proprio su tale aspetto si sono soffermate le difese di ***: il collegamento esistente tra le società consentirebbe di affermare che "la società '***s.r.l.' sia in ogni caso venuta a conoscenza dell'istanza di fallimento e del decreto di convocazione per l'udienza fallimentare".

Proprio su questo tema il curatore fallimentare ha depositato all'udienza del 26.9.2014 alcune schermate ricavate da internet, dalla quali si ricava che la comunicazione via pec della dichiarazione di fallimento, anch'essa pervenuta a ***, è stata girata ad un indirizzo di posta elettronica non certificata riferibile a ***. Di qui la richiesta del difensore di *** di compiere ulteriori ricerche per verificare se tale procedura sia stata seguita da *** anche in precedenza, in occasione del ricorso-decreto.

Rileva in proposito la Corte che nel nostro caso non assume rilievo determinante la eventualità che fra *** e *** sussistano gli stretti rapporti affermati da *** (ma seriamente contestati dalla reclamante) e su questo tema non v'è necessità di soffermarsi, per quanto immediatamente si esporrà; neppure, più in generale, risulterebbe qui decisiva la dimostrazione che il ricevente la notifica via pec abbia "inoltrato" il messaggio nella sua interezza (per "solidarietà imprenditoriale", serietà istituzionale, generico interesse, oppure altro) in maniera tempestiva all'effettivo destinatario. Infatti, anche qualora tali ipotesi si rivelassero fondate, nella fattispecie in esame non sarebbe comunque lecito affermare che la notifica via pec abbia raggiunto il proprio scopo.

Infatti, riguardo la sanatoria della notifica per raggiungimento dello scopo, la fondamentale rilevanza che l'ordinamento conferisce all'atto, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, implica che gli unici strumenti utili sono la rinnovazione o la costituzione in giudizio, poiché soltanto essi consentono di giungere alla certezza di una completa e tempestiva conoscenza dell'atto o degli atti notificati; viceversa, il mero intervento di terzi estranei al contraddittorio non può ottenere tale risultato sanante (salvo che, per effetto di tale intervento, il destinatario si costituisca in giudizio, ma sarà detta costituzione a conseguire l'effetto).

L'esigenza di una tale limitazione sistematica (del resto comune nella giurisprudenza di legittimità e di merito, ove il riferimento è costante alle sole ipotesi di rinnovazione o costituzione) emerge tanto più evidente nel caso di notifiche via pec, una volta riscontrato che lo stesso strumento "telematico", per sua natura in via di evoluzione, presenta attualmente una tipologia operativa che rende inevitabile l'uso di strumenti presuntivi che sostituiscono la "relazione virtuale" alla conoscenza effettiva, essendo dettati dalla specifica normativa come "fungibili" rispetto al "contatto diretto" con il destinatario della notifica e con i luoghi "reali" di sua pertinenza ("attestazione di consegna" in luogo di certezza, quanto meno, di apertura del messaggio).

In un meccanismo siffatto, proprio le modalità "formali" rivestono allora un ruolo "funzionale" irrinunciabile, tenendo presente il criterio primario per cui lo "scopo" della notifica – secondo la nozione degli artt.160 e 156 c.u. c.p.c. – non sta soltanto nel portare un determinato atto a conoscenza del destinatario, quanto quello di conseguire una "certezza legale" di tale trasmissione: pertanto, il suddetto "raggiungimento dello scopo" non va ragguagliato alla circostanza della "conoscenza effettiva" ma "anomala" – cioè, ottenuta *extra ordinem*, senza l'osservanza dei requisiti essenziali di cui agli artt.137/151 c.p.c. – ma piuttosto al compimento di una delle ulteriori attività processuali tipiche, cui l'atto notificato è destinato a dare impulso; in definitiva, una volta che non si abbia la costituzione in giudizio, l'unico dato rilevante sta nell'osservanza delle re-

gole di notifica, mentre il riscontro degli aspetti residui esula dalla verifica del relativo “scopo giuridicamente rilevante”; meritano di essere quindi condivise le conclusioni di dottrina e giurisprudenza maggioritarie, che riconoscono l’irrelevanza delle vicende “estrane al processo” ai fini dell’eventuale sanatoria di una notifica, la quale non può essere l’effetto di notizie pervenute aliunde – ossia prescindendo da una valida ricezione dell’atto – ma che esige pur sempre un previo “recapito” al destinatario, attraverso i vari strumenti ora consentiti dall’ordinamento, le cui forme procedurali non possono essere “surrogate” da altre modalità atipiche.

Basti pensare all’ipotesi limite – perché rappresentativa del massimo livello di conoscenza diretta e, nel contempo, del massimo scostamento dal modello legale – per cui si definisce *tamquam non esset* la consegna diretta dell’atto processuale dall’una all’altra “parte privata”, sicché il mancato intervento dei titolari della funzione notificatoria esclude ogni possibilità di sanatoria (v. Cass. 9772/2005, e per il caso di incompetenza territoriale dell’Ufficiale Giudiziario, v. Cass. sez. un. n. 51/1999, ecc.): in definitiva, merita adesione il criterio per il quale la notifica viziata – e purché non risulti addirittura “inesistente” – resta “suscettibile di sanatoria per effetto della costituzione del convenuto – questo essendo l’atto del processo cui la notificazione stessa è strumentale – e non trovando, quindi, equipollenti nella semplice certezza di avvenuta ricezione, che, di per sé, è circostanza estranea al processo medesimo.” (così, Cass. 3039/94), in quanto “la sanatoria della nullità della notificazione... non può ritenersi realizzata per il raggiungimento dello scopo dell’atto, ai sensi dell’art. 156 c.p.c., da vicende estranee al processo, non equiparabili alla costituzione in giudizio del destinatario dell’atto” (v. Cass. 10647/92); allo stesso modo – da ultimo – troviamo ribadito che, in casi del genere, siamo dunque di fronte ad una “nullità della notifica stessa non sanata dalla conoscenza ‘aliunde’ della notificazione dell’atto di citazione, non accompagnata dalla costituzione del convenuto” (v. Cass. 7750/2011, Cass. 3495/83, ecc.), sicché appunto “la nullità della notifica della citazione è sanabile con effetto *ex tunc* dalla costituzione della parte in giudizio o dalla sua rinnovazione, disposta *ex art.* 291 c.p.c., ma non dalla conoscenza extraprocessuale dell’atto da parte del destinatario, desunta dal luogo della notificazione, diverso da quelli indicati dal codice di procedura, e dai rapporti intercorrenti tra consegnatario della copia notificata e destinatario ...” (così Cass. 8777/95).

Per completezza va aggiunto che, comunque, di una ipotetica sanatoria può parlarsi per il caso di mera nullità della notificazione come attuata e non di sua inesistenza; occorre quindi scendere all’ultima verifica circa il vizio da cui è affetta la notificazione via pec come attuata, perché da essa discende quanto immediatamente sopra notato ed anche, come si vedrà, le conseguenze scaturenti dalla pronuncia.

Sotto tale profilo non pare seriamente dubitabile che se si volesse fare una perfetta equiparazione tra notifica, per così dire, “cartacea” e notificazione “digitale” una notificazione avvenuta ad indirizzo sbagliato potrebbe condurre più facilmente a valutare “inesistente” l’atto, anziché identificarne la condizione quale “mera nullità”.

Tuttavia, ritiene la Corte che la qualifica più radicale non possa comunque giustificarsi nel caso di specie; invero, nella pronuncia di questa stessa Sezione sopra ricordata, si è pervenuti alla dichiarazione di inesistenza sulla scorta dell’argomento secondo cui, poiché l’art. 15 l.f. prescrive che “il ricorso e il decreto devono essere notificati”, anche se “l’invio” è unico, in realtà le notifiche “contestuali” sono due: una per il ricorso ed una per il decreto. Se quindi manca una delle due, pare certo che si debba affermare la “inesistenza” della notifica ad esso relativa; inoltre, poiché il procedimento davanti al G.D. viene instaurato ormai solo su istanza di parte (debitore, creditore, o P.M.), l’atto si rivela del tutto estraneo alla sua funzione, non possedendo i requisiti minimi indispensabili per poter essere così qualificato come notifica di un atto introduttivo idoneo, ai fini dell’istruttoria “prefallimentare”.

Nel caso di specie, viceversa, chiarissimi e di assoluto rilievo sono, per così dire, “le relazioni” tra la “integrale notifica” di ricorso-decreto ed il suo effettivo destinatario: pec corrispondente alla sua denominazione, iscrizione alla Camera di commercio su iniziativa, domanda per conseguire la pec. Occorre anzi verificare (anche se le difese non si sono particolarmente soffermate sul tema) se l’errore di notifica non sia riferibile specificamente all’incuria di _____, cosicché si possa ritenere la notifica in qualche modo avvertita, anche sulla base di quella risalente giurisprudenza anche di legittimità, che tendeva a considerare valida la notifica quando si fosse accertato che il fallendo si fosse attivato per rendersi irreperibile.

Si tratta però di principi che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, non sono più applicabili nel rito “prefallimentare” novellato (cfr. Cass. 6-11-2013, n. 24974, ove in motivazione si legge: “diversamente da quanto ritenuto nella vigenza della normativa fallimentare anteriore alla riforma (vedi, tra le tante, e tra le ultime, l’ordinanza 3062/2011), nel fallimento riformato, la giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che la proceduralizzazione dell’attività di trattazione ed istruttoria impone di ritenere che la notificazione del ricorso e decreto L. Fall., *ex art.* 15, sia la regola, anche qualora il debitore si sia sottratto volontariamente o per colpevole negligenza, rendendosi irreperibile”) ma che comunque non potrebbe riferirsi ad ipotesi “colpose” (non v’è traccia di una dolosa preordinazione), anche tenuto conto che *** è venuta a trovarsi in una condizione che abbiamo visto essere comune ad altre 191.000 imprese.

Tornando al tema dal quale, da ultimo, si erano prese le mosse, la notifica è quindi da ritenersi non inesistente ma semplicemente nulla, sicché questo determina la rimessione del giudizio al tribunale di Modena *ex art. 354 c.p.c.* (Cass. 17205/2013), con declaratoria di nullità della sentenza (cfr. Corte Appello Bologna sentenza n. 1974 del 7.11.2013).

Nulla va disposto in ordine al richiesto risarcimento del danno, poiché il procedimento è suscettibile di prosecuzione, mentre la liquidazione del compenso al curatore e l'attribuzione delle relative spese sono di competenza del giudice delegato; quanto poi alla sospensione della liquidazione dell'attivo, nulla è stato evidenziato sullo stato della procedura, cosicché non v'è motivo per disporla.

Le spese del grado, in considerazione della natura delle questioni trattate, vengono dichiarate integralmente compensate.

(Omissis)

*** *Nota a sentenza*

La Corte di Appello di Bologna, in sede di reclamo avverso una sentenza dichiarativa di fallimento, ne ha dichiarato la nullità, avendo ritenuta nulla la notificazione del ricorso di fallimento e del decreto di fissazione dell'udienza, benché effettuata dalla cancelleria del Tribunale mediante posta elettronica certificata (PEC).

Come è noto, le attuali disposizioni normative prevedono che i ricorsi di fallimento, unitamente ai decreti del Tribunale e del Giudice Relatore in caso di delega, devono essere notificati a cura della cancelleria all'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) del resistente debitore, risultante dal registro delle imprese ovvero dall'indice nazionale delle PEC delle imprese e dei professionisti.

Sussiste l'obbligo da parte di ciascun imprenditore di comunicare al registro delle imprese il proprio indirizzo di posta elettronica certificata, affinché lo stesso possa essere automaticamente ricavato dai sistemi informatici.

La casella di posta elettronica certificata nell'era telematica è quindi il "luogo" dove necessariamente devono essere eseguite le notificazioni. Essa è assimilabile ad un domicilio eletto, indicato dal soggetto come "luogo" nel quale gli devono essere effettuate le comunicazioni previste dalla legge.

Non è un domicilio virtuale, né la notifica eseguita a mezzo PEC può essere definita virtuale; il domicilio è effettivo, ancorché informatico, perché viene scelto ed indicato dal soggetto, né più né meno come accadeva con la vecchia casella postale che veniva aperta presso gli uffici postali, ovvero come accade ancora con l'elezione di domicilio presso lo studio di un professionista o presso un ufficio di segreteria centralizzata. Nessuno dubita che la notificazione eseguita nel domicilio

eletto presso il proprio difensore sia effettiva, diretta e non meramente virtuale, perché è lo stesso soggetto che deve ricevere le notificazioni e le comunicazioni ad aver volontariamente scelto ed eletto il domicilio in un luogo diverso da quelli con i quali ha tradizionalmente un contatto fisico effettivo, vale a dire la propria residenza ed il proprio domicilio, come gli è data facoltà dalla legge.

La notifica può essere definita virtuale soltanto nei casi residuali, ossia quando essa avviene, in virtù di disposizione di legge, presso la casa comunale o presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario. In questi casi non è il soggetto che deve ricevere la notificazione ad aver scelto il luogo presso il quale essa si deve effettuare, luogo che viene invece imposto dalla legge, pur in assenza di qualunque riferimento o contatto effettivo tra notificando e sede della notifica.

Questi principi devono essere oggi interpretati in chiave tecnologicamente moderna ed avanzata, per cui la casella di PEC diventa il luogo concretamente più vicino e più facilmente accessibile per il notificando, il quale può ricevere comunicazioni e notificazioni in tempo reale ed in maniera sicura e certa.

Nella sentenza della Corte viene innanzitutto ribadito il principio della non derogabilità delle forme previste dall'art. 15 della l. fall. per la notificazione degli atti prefallimentari. In particolare viene ampiamente chiarito il concetto di raggiungimento dello scopo, idoneo a sanare i vizi della notificazione. La Corte osserva che ai fini della sanatoria gli unici strumenti validi sono la rinnovazione della notifica oppure la costituzione in giudizio del notificando, poiché soltanto essi consentono di ritenere che vi sia stata una completa ed effettiva conoscenza degli atti da notificare e che sia assicurato l'effettivo esercizio del diritto di difesa. A tal fine non devono trarre in inganno altre modalità, solo apparentemente idonee, quali l'inoltro degli atti a titolo di cortesia o di 'solidarietà imprenditoriale' da parte di un terzo che riceva la notifica, né la notifica eseguita in forme diverse da quelle previste dall'art. 15 l. fall., come ad esempio una notifica privata e diretta da una parte all'altra senza il tramite dell'ufficiale notificatore, anche se ricevuta direttamente dal notificando. È opportuno aggiungere che sono altresì irrituali le notificazioni eseguite a mezzo del servizio postale ovvero in luoghi diversi dalla sede legale dell'impresa. In tali ipotesi la notifica è e rimane radicalmente nulla, se non addirittura inesistente.

Premessi questi principi, nel caso sottoposto all'esame della Corte si è verificato un ulteriore incidente di percorso.

Dalla lettura della sentenza emerge che a seguito delle indagini effettuate in sede di reclamo è stato accertato che l'indirizzo di posta elettronica certificata della fallita società, risultante dal registro delle imprese, era stato assegnato ad un'altra società, ed anzi complessivamente a ben quattro società, tra cui la fallita reclamante.

Quest'ultima ha affermato che a causa di tale anomala situazione non aveva avuto conoscenza del procedimento prefallimentare 'a causa della nullità della notifica'.

La Corte, a seguito di informazioni chieste al gestore di posta elettronica ed alla cancelleria del Tribunale, ha ritenuto che la notifica a mezzo PEC effettuata dalla cancelleria del tribunale non sia pervenuta alla fallita, bensì alla diversa società risultata intestataria della PEC (*ndr.* almeno così pare emergere dal testo della sentenza in commento, che nella copia rilasciata è priva dei nominativi delle diverse società, nel rispetto della *privacy*).

La Corte ha affermato che vi è stata una comunicazione da parte del gestore, il quale ha dichiarato che la casella PEC in questione "è attualmente assegnata esclusivamente" ad un'altra società, con diversa partita IVA. Il gestore ha precisato che la società fallita, pur avendo richiesto l'attivazione della medesima casella PEC, vale a dire di una casella avente la medesima denominazione di quella assegnata all'altra società, non ne è divenuta assegnataria, avendo completato l'ordine di acquisto in un momento successivo a quello in cui detta casella era già stata assegnata all'altra società.

Il gestore ha altresì riferito alla Corte, come richiestogli, di non essere a conoscenza dell'utilizzo che l'utente fa della casella di PEC assegnata, né tanto meno se la stessa sia da lui o da altri comunicata a terzi come proprio recapito ufficiale, tra cui a titolo esemplificativo al registro delle imprese. Infine la cancelleria del Tribunale ha riferito che l'indirizzo di PEC cui devono essere notificati ricorso e decreto viene ricavato automaticamente dal sistema inserendo il solo codice fiscale della società fallenda; la ricevuta telematica riporta l'indirizzo della sede legale e l'indirizzo di PEC, con l'attestazione che quest'ultimo è stato reperito da 'INIPEC IMPRESE'.

Sulla base di tali risultanze, la Corte ha osservato che dunque ben può accadere che all'INIPEC si trovino iscritte più imprese con il medesimo indirizzo PEC, anche se esso è attivo per una sola di esse; ha precisato che l'Agenzia per l'Italia Digitale con propria nota ha richiamato l'obbligo di utilizzare un proprio ed esclusivo indirizzo PEC da parte di ogni singola impresa, ed il Ministero dello Sviluppo Economico ha comunicato che al riguardo non deve sussistere eccezione alcuna, invitando le CCIAA a cancellare le duplicazioni. È emersa la presenza di circa 191.000 indirizzi PEC duplicati, ovvero assegnati ad almeno due soggetti distinti. La Corte ha concluso affermando che alla luce delle considerazioni svolte, l'attestazione di consegna nel caso di specie non era idonea a far ritenere perfezionata la notifica nei confronti della società poi fallita; ha escluso che nella specie vi sia stata una dolosa preordinazione e che la fallenda si è trovata in una situazione comune ad altre 191.000 imprese; ha pertanto revocato la dichiarazione di fallimento per la

nullità della notifica degli atti del procedimento prefallimentare.

La decisione della Corte costituisce puntuale applicazione del principio ineludibile della garanzia del diritto di difesa in sede prefallimentare, e pertanto il giudice del reclamo in presenza di una situazione incerta, confusa ed aperta a diverse interpretazioni, ha prudentemente ritenuto che l'eccezionale violazione del diritto di difesa fosse fondata.

È opportuno a questo punto svolgere alcune considerazioni.

Nella realtà fisica, nulla vieta o impedisce che presso uno stesso indirizzo vi siano più soggetti residenti, domiciliati, anche elettivamente, o aventi una sede legale. Sono noti e frequenti i casi in cui più società hanno la sede legale nel medesimo luogo (ed indirizzo), oppure hanno sede presso uno studio professionale, o ancora hanno eletto domicilio presso lo studio di un avvocato o di un commercialista. In tali ipotesi nessuno dubita che la notificazione degli atti eseguita nei luoghi sopra indicati, che i notificandi hanno precedentemente dichiarato corrispondere alla sede legale ovvero al domicilio eletto, si perfezioni e sia pienamente valida ed efficace, anche qualora sia effettuata con consegna ad incaricati, dipendenti, addetti alla ricezione. Invero la notificazione deve sempre essere effettuata presso la sede legale ovvero presso il domicilio eletto, anche se all'indirizzo della sede legale o presso lo studio del professionista domiciliatario risultano avere sede o essere domiciliati più soggetti, e soprattutto più società.

Parimenti, ed in via astratta, nulla vieta che in un solo e medesimo indirizzo di posta elettronica, quale riferimento telematico voluto dal legislatore, confluiscono e vi facciano capo più società, se tale indicazione proviene dalle società medesime.

Tale scelta è spesso dettata dall'esigenza di una più agevole ricezione delle comunicazioni e notificazioni telematiche, oppure da necessità di risparmio sui costi di acquisto e manutenzione della PEC, da ragioni organizzative connesse all'amministrazione ed alla gestione societaria.

È evidente che in tali ipotesi di indirizzi PEC 'condivisi' con altri soggetti, è necessario che i titolari dell'unica PEC siano consapevoli dell'esistenza di più soggetti che fanno capo ad una medesima ed unica casella di posta elettronica. In caso contrario, non si può parlare di condivisione volontaria e cosciente, bensì di mero errore da sovrapposizione di utenti nella medesima PEC.

A bene vedere è difficile ipotizzare un'ipotesi di errore non voluto, semplicemente considerando che l'inserimento dell'indirizzo di PEC nel registro delle imprese non avviene "d'ufficio" bensì a seguito di comunicazione da parte dell'imprenditore. Questi dunque, prima di comunicare ai terzi ed in particolare ai pubblici registri la propria PEC, ha il dovere di accertarsi che essa sia attiva e funzionante; deve logicamente

essere in possesso delle chiavi di identificazione per accedere alla casella e necessariamente della password, al fine di poterne leggere i contenuti; oppure deve essere autorizzato da altri ad accedere a quella specifica PEC che egli intende adoperare e comunicare come propria al registro delle imprese; deve in sintesi riconoscere a se stesso ed ai terzi che l'indirizzo di PEC consapevolmente e liberamente fornito al registro delle imprese è quello da lui scelto, verificato ed accettato per ricevere le comunicazioni legali nei rapporti con i terzi.

Dunque, più che interrogarsi sulla buona fede o sulla dolosa preordinazione, è logico considerare che una volta comunicato alla CCIAA un indirizzo di PEC l'imprenditore *imputet sibi* eventuali criticità o anomalie derivanti dalla condivisione della casella con una pluralità di soggetti abilitati all'accesso alla medesima PEC, di cui facciano uso; tali o altre evenienze da lui conosciute o che avrebbe dovuto conoscere con un minimo di diligenza e di accortezza non possono giustificare l'asserita mancanza di conoscenza della notificazione telematica, eseguita come dispone la legge presso l'indirizzo di PEC ufficialmente comunicato dall'imprenditore medesimo. In breve, se la società ha indicato e comunicato al registro delle imprese una determinata PEC è alla stessa, e soltanto ad essa, che deve pervenire la notificazione.

L'uso condiviso di una PEC da parte di più soggetti, sebbene sia ritenuto non consentito e venga precluso dalle autorità sopraindicate riportate nella sentenza, tuttavia non comporta per ciò solo la nullità della notifica, posto che tale sanzione non si rinviene espressamente in alcun dato normativo. La sanzione imposta è quella della cancellazione 'del dato' da parte delle Camere di Commercio, previo invito alle imprese a sostituire l'indirizzo con altro proprio.

Nel caso di specie è stato accertato che la fallita aveva chiesto l'attribuzione della casella di PEC al gestore, il quale aveva omesso però di comunicarle che la casella richiesta era stata attribuita ad altra società.

Tale omessa comunicazione è tuttavia irrilevante, alla luce delle considerazioni esposte. Invero la società non può comunicare al registro delle imprese *sic et simpliciter* un indirizzo di PEC che non le è stato ancora attribuito, che non ha ancora a sua disposizione e che spera solo di avere, bensì deve indicare una PEC già esistente a suo nome, funzionante, verificata e pagata; altrimenti non deve indicare alcuna PEC, e continuerà a ricevere le notifiche cartacee presso la sede legale.

Consegue che la fallita, prima di comunicare al registro delle imprese l'indirizzo che aveva 'prenotato', avrebbe dovuto avere un proprio account, essere in possesso di una *password* personale ed accertarsi in tal modo che la casella fosse attiva e funzionante nei suoi confronti. In caso negativo, per tutelare il suo diritto a ricevere notifiche e comunicazioni rituali non avrebbe giammai dovuto indicare alla CCIAA per l'iscrizione un qualunque indirizzo di PEC o un indirizzo non

espressamente assegnatole. Se ciò è accaduto, significa inequivocabilmente che la fallita aveva accesso alla casella, ancorché attribuita a terzi, o almeno la disponibilità di usufruire della stessa, e quindi di ricevere le comunicazioni legali.

L'indicazione di un determinato indirizzo di PEC equivale ad una dichiarazione di elezione di domicilio; chi la effettua non può successivamente dolersi per il fatto che tale PEC è attribuita ad altri e deve invece essere diligente nel verificare costantemente la posta certificata pervenuta all'indirizzo indicato.

Diversamente opinando si potrebbe pericolosamente incentivare un palese abuso del diritto, se si considera che la cancelleria, quando riceve dal sistema la conferma che la notifica telematica del ricorso di fallimento ha avuto esito positivo, null'altro può o deve fare, e neppure il ricorrente in sede prefallimentare, perché così è imposto dalla legge al fine di semplificare effettivamente l'*iter* notificatorio.

Chiunque potrebbe ad arte chiedere e prenotare in maniera errata un indirizzo di PEC già esistente (consultando l'indice), per poi eccepire di non averne la titolarità o la disponibilità. Si verrebbe a creare una sorta di irreperibilità telematica, che è esattamente il contrario delle finalità della novella legislativa.

Si deve quindi ritenere che l'imprenditore, il quale comunichi ufficialmente al registro delle imprese o dichiari comunque pubblicamente un indirizzo di PEC, che afferma essere quello presso il quale vuole ricevere le comunicazioni e le notificazioni previste dalla legge, ha il preciso onere di assicurarsi preventivamente l'accesso a tale indirizzo telematico, deve accertarsi che esso funzioni e ha l'obbligo di prendere visione del suo contenuto epistolare, direttamente o tramite soggetti da lui delegati all'accesso. Se tali facoltà gli sono inibite, non può restare inerte ma deve chiedere immediatamente la cancellazione della PEC iscritta nel registro a suo nome e sostituirla con un'altra che resti a sua esclusiva disposizione.

Le Sezioni Unite penali intervengono per "regolare" i confini tra sequestro per equivalente e fallimento

Nota a Cass., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17.3.2015), n. 11170

abstract

The United Chambers of the Supreme Court clarify the connection between the rules provided in the area of criminal liability of legal entities and bankruptcy of the company, with particular reference to the possible coexistence of precautionary measures on its assets with different nature and function.

The judges of the Supreme Court decided that, when assessing whether the company's assets should be confiscated, it is not necessary to make a comparative assessment of the reasons for the bankruptcy proceedings, especially creditors in good faith, and the claim of punitive State, making it clear that the criminal court and not the bankruptcy judge has the power to decide.

keywords

Precautionary measures and confiscation under art. 19 d.lgs. 231/2001 – relationship with the bankruptcy proceedings – assessment of the reasons of creditors – the competence of the criminal court – the creditor in good faith

abstract

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono per chiarire il collegamento tra la disciplina prevista in materia di responsabilità penale-amministrativa delle società e procedura fallimento, con particolare riferimento alla possibile coesistenza di misure cautelari sui beni societari aventi diversa natura e funzione.

I giudici della Suprema Corte escludono che, al momento di accertare se i beni della società debbano essere confiscati sia necessario effettuare una valutazione comparativa tra le ragioni della procedura fallimentare, in special modo dei creditori in buona fede, e la pretesa punitiva dello Stato, chiarendo che la competenza a decidere spetta sempre al giudice penale e non al giudice fallimentare.

parole chiave

Misura cautelare e confisca previsti dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001 – rapporto con la procedura fallimentare – valutazione delle ragioni dei creditori – competenza del giudice penale – terzo in buona fede

sommario

1. Il dibattito sul rapporto tra sequestro-confisca per equivalente ed apprensione dei beni alla massa fallimentare. – **2.** Il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 del 2001 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito: la nuova prospettiva interpretativa e la coerenza sistematica della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite. – **3.** I limiti normativi al sequestro ed alla confisca per equivalente: a) la clausola di salvaguardia. – **4.** *Segue:* b) sopravvenienza del fallimento e coesistenza di vincoli cautelari. – **5.** Clausola di salvaguardia e terzo in buona fede: a) la nozione di cui all'art. 19 d.lgs. 231 del 2001. – **6.** *Segue:* b) onere della prova ed onere di allegazione. – **7.** La procedura fallimentare ed il riconoscimento del diritto dei terzi in buona fede. La carenza di legittimazione del curatore fallimentare.

1. Il dibattito sul rapporto tra sequestro-confisca per equivalente ed apprensione dei beni alla massa fallimentare

Con la sentenza che si annota la Corte di Cassazione interviene a Sezioni Unite per "regolare" i confini tra vincolo cautelare e vincolo fallimentare, nella ipotesi in cui i beni, dapprima attinti da sequestro preventivo per equivalente imposto ai sensi dell'art. 19 comma 2 del d.lgs. n. 231/2001 nei confronti della persona giuridica resasi responsabile di illecito amministrativo dipendente da reato, risultino successivamente assoggettati a procedura concorsuale.

La decisione s'inserisce nel complesso dibattito giurisprudenziale e dottrinale¹ sulla necessità di limitare l'ambito applicativo di misure cautelari che, imposte *sine periculum* – cioè in assenza di una concreta valutazione sulla necessità di salvaguardare specifiche esigenze cautelari – rischiano di costituire un limite alla libertà d'impresa ponendosi, così, in conflitto con valori costituzionalmente protetti.

L'opzione ermeneutica prospettata, sebbene dotata di elevato grado di coerenza sistematica – tale da porre in evidenza i limiti delle soluzioni della giurisprudenza antecedente – risolve, tuttavia, solo alcune delle complesse questioni sul tappeto.

¹ Sul punto v. COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro: il necessario contenimento degli interessi costituzionali in gioco e l'ipotesi di fallimento*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 07/08, p. 3037 e ss.

In materia si è registrato un primo deciso intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione² che già nel 2008, chiamata a dirimere i contrasti interpretativi sulla nozione di profitto confiscabile³ – in relazione al quale fosse legittimo disporre il sequestro preventivo per valore *ex art. 19 comma 2 del d.lgs. n. 231/2001* – ha affermato il principio della obbligatorietà della confisca per equivalente⁴ e, conseguentemente, della corrispondente forma di sequestro preventivo⁵.

² Cass., sez. un., 2 luglio 2008 (ud. 27 marzo 2008), n. 26654, Impregilo e altri, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4544, con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, p. 4562; nonché in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1738, con nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*, p. 1758. Per alcuni rilievi critici all'impianto argomentativo della pronuncia, in riferimento alla indeterminatezza della nozione di utilità, alla sovrapposizione tra confisca e profitto e alla inapplicabilità ai rapporti sinallagmatici, v. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *RIDPP*, 2009, p. 1744 e ss.

³ In tema di profitto del reato v. PISTORELLI, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, cit., p. 4563 e ss.; ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, Milano, 2006, III, p. 2104; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, n. 1-2, p. 63; LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 564 e ss., anche per una attenta disamina comparatistica; MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 20; COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1646; LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto* (nota a sentenza Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1788.

⁴ Sulla confisca del profitto, *ex art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231 v., specialmente, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2103 e ss.; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, cit., p. 63 e ss.

⁵ In verità esiste uno stringente automatismo tra l'una e l'altra situazione giuridica, nel senso che se si profila come obbligatoria la confisca di valore – in virtù della particolare qualificazione giuridica di “cosa confiscabile”, attribuita dal legislatore alla *res* – dovrà ritenersi obbligatorio anche il sequestro preventivo, funzionalmente diretto all'ablazione definitiva del provento illecito. In questo senso COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3038; LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1791. Sul tema delle misure cautelari applicabili agli enti collettivi v. BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità amministrativa a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 571 e ss.; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 267 e ss.; FIDELBO, *Le misure cautelari*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005, p. 455 e ss.; F. LATTANZI, *Sequestri*, *ivi*, p. 527 e ss.; NUZZO, *Le misure cautelari. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1486 e ss.; PERONI, *Il sistema delle cautele*, in *Responsabilità degli*

Al riguardo la dottrina ha osservato come l'imposizione sin dalla fase delle indagini preliminari, di una misura reale svincolata da una concreta valutazione del *periculum* e disposta sulla base del semplice *fumus di reato*⁶, si connotasse per un elevato grado di afflittività, peraltro accresciuta dagli spazi ridotti che la giurisprudenza ha riservato al controllo di merito sul provvedimento genetico della misura cautelare reale ad opera del giudice del riesame⁷. Si è, inoltre, obiettato come la drastica presa di posizione da parte dei Giudici di legittimità su un tema così delicato del d.lgs. n. 231 del 2001 apparisse tendenzialmente ellittica nel punto in cui estendeva l'obbligatorietà della confisca disposta in ambito di responsabilità degli enti (*ex art. 19 comma 1*) anche al relativo sequestro preventivo (previsto dall'art. 53 del decreto medesimo), per effetto del richiamo operato nei confronti della disposizione normativa disciplinante la distinta ipotesi del sequestro preventivo diretto (quello cioè avente ad oggetto il prodotto o il profitto dell'attività criminosa), previsto all'art. 321, comma secondo, del codice di rito⁸.

Ad ogni modo, per effetto della sentenza delle Sezioni Unite n. 26654 del 2008, è venuto a profilarsi un indirizzo giurisprudenziale orientato a sostenere l'obbligatorietà del sequestro preventivo previsto in tema di illeciti penali-amministrativi a fronte di un profitto

enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, a cura di GARUTI, Padova, 2002, p. 243 e ss.; PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1294 e ss.

⁶ Per una attenta analisi del *fumus boni iuris* quale presupposto applicativo del sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.*, v. VENTURA, *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2004, p. 753 e ss.; AA.VV., *sub art. 321 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA-SPANGHER, Milano, 2010, p. 3840 e ss. In giurisprudenza si segnala Corte Cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. Pen.*, 1994; Cass. pen., sez. un., 23 aprile 1993, GIFUNI, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; Cass. pen., sez. un., 24 marzo 1995, BARBUTO, in *FI*, 1997, II, p. 113; Cass. pen., sez. un., 4 maggio 2000, MARIANO, in *ANPP*, 2000, p. 255. Sulla scia delle sez. un. GIFUNI, *cit.*, si è consolidato l'orientamento volto ad affermare che la valutazione della antiggiuridicità del fatto va operata su di un piano di astrattezza, in tal senso tra le altre v. Cass. pen., sez. II, 13 maggio 2008, SARICA, in *GD*, 2008. Per una recente interpretazione del *fumus* in termini di “serietà degli indizi”, v. Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2008, CAPPÀ, in *C.E.D.*, n. 241511, in *Il Sole 24 ore, Reperorio Lex 24*, nella quale pur nella consapevolezza della diffusa “tendenza alla svalutazione del *fumus delicti* nelle ipotesi di confisca, si evidenzia come «il tendenziale automatismo valutativo legato alla verifica dell'altra condizione del *periculum in mora* (la confiscabilità della cosa contiene in sé la valutazione circa la pericolosità) dovrebbe portare ad una maggiore sensibilità nell'accertamento di questo presupposto”.

⁷ In questo senso SACCONI, *Confisca “per valore” ed obbligatorietà del sequestro preventivo per equivalente: soluzioni interpretative nel caso di fallimento e profili di incostituzionalità delle cautele reali imposte “sine periculum”*, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, a cura di FIMMANÒ, Milano, 2012, p. 373 e ss.

⁸ LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1791.

ritenuto – dal legislatore medesimo – obbligatoriamente confiscabile⁹.

A brevissima distanza dalla pubblicazione della pronuncia appena esaminata, l'orientamento interpretativo che da essa ha avuto origine è stato disatteso da una successiva decisione della Corte di Cassazione¹⁰ nella quale, la particolare condizione in cui versava la società indagata – sottoposta, appunto, a procedura fallimentare – ha indotto i giudici di legittimità ad interrogarsi circa l'effettiva necessità di applicare automaticamente il sequestro preventivo in presenza di beni obbligatoriamente confiscabili, propugnando, così, una diversa lettura dell'art. 19, comma 2 del d.lgs. del 2001. La nuova prospettiva interpretativa si fondava sull'assunto secondo cui le cose obbligatoriamente confiscabili non sono, per ciò solo, soggette anche e necessariamente a sequestro preventivo obbligatorio. Peraltro già talune risalenti sentenze della Corte Costituzionale¹¹ avevano chiarito come la confisca avesse natura complessa e dunque difficilmente definibile, trattandosi di un "*mixtum compositum*"¹² di non

⁹ Critico rispetto alla trasposizione fra obbligatorietà della confisca ed obbligatorietà del sequestro, v. LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1791; COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3038 e ss.

¹⁰ Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33425, FAZZALARI, in *Cass. pen.*, 2009, n. 7-8, p. 3034, con nota di COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit..

¹¹ In particolare cfr. Corte Cost. 25 maggio 1961 (ud. 15 marzo 1961), n. 29, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#diritto>; Corte Cost., 4 giugno 1964 (ud. 15 aprile 1964), n. 46, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Per la Corte «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica», in quanto «il suo contenuto ... è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge». Similmente in dottrina, VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato (1977)*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 1661, secondo cui «per sua natura l'istituto della confisca nel diritto penale oscilla tra esigenze di tipo diverso, delle quali la sua disciplina risente variamente, a seconda dei tempi, delle culture giuridiche, dei bisogni della repressione e della prevenzione, del favore che si intende assicurare alla protezione di determinati interessi».

¹² Cfr. Cass. pen., sez. V, n. 33425/2008, cit. In dottrina v. CIVOLI, *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII-I, 1896, p. 893; FURFARO, *voce Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Torino, 2005, p. 202, secondo cui «non di confisca bisogna parlare ma piuttosto di confische», diverse nelle finalità ma accumulate nell'effetto ablativo; VASSALLI, *Confisca doganale*, cit., p. 1662; GRASSO, *sub. art. 240 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di GRASSO-PADOVANI-ROMANO, vol. III, Milano, 1994, p. 525; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, V ed., 2007, p. 834; MOLINARI, *nota a Cass. sez. un.*, 30 maggio 2001, DERROUACH, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1563, che sottolinea come non si possa pensare «alla riconduzione di tutte le ipotesi ad una

sempre agevole inquadramento sistematico, potendo l'ablazione di beni economici essere disposta per differenti motivi ed essere indirizzata verso svariate finalità. Con la conseguenza che anche la corrispondente forma di sequestro può assumere, di volta in volta, funzione di pena accessoria, di misura di sicurezza, oppure di mero provvedimento di carattere amministrativo. Da tale affermazione la Corte ha fatto discendere l'ulteriore conclusione che anche la confisca per valore di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 si connota in maniera differenziata a seconda dello specifico contesto nel quale sia chiamata ad operare: l'articolo 19 del menzionato testo normativo, prevede, al comma primo, la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto del reato; mentre al comma secondo, prevede la applicazione facoltativa della confisca per equivalente.

Di conseguenza anche per gli illeciti amministrativi disciplinati dal decreto legislativo del 2001, non diversamente da quanto prevede l'art. 240 c.p.¹³, va distinto un sequestro preventivo finalizzato ad una confisca (per equivalente) obbligatoria ed un sequestro preventivo finalizzato ad una confisca (per equivalente) facoltativa, che non viene disposta obbligatoriamente, ma rappresenta una misura da poter, eventualmente, disporre – in sostituzione della confisca della *res illecita* – qualora venga valutata la sussistenza del *periculum* ad opera dell'organo giudicante¹⁴.

L'affermazione di tale principio ha costituito, dunque, la premessa sistematica necessaria a risolvere in termini diversi il problema del rapporto tra confisca per equivalente e fallimento della società. Sulla scia dell'orientamento interpretativo prospettato dalla sentenza delle Sezioni Unite, n. 29951 del 2004¹⁵, la

unica *ratio* giustificatrice, che non è ipotizzabile data la natura polivalente che assume la confisca nelle varie ipotesi».

¹³ In merito alle diversità tra la misura ablativa prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001 rispetto a quella disciplinata dall'art. 240 c.p., v. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*, cit., p. 1762 e ss.; PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1361.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, n. 33425/2008, cit., secondo cui le ipotesi di confisca per equivalente, introdotte nell'ordinamento giuridico, hanno finito per attenuare la rigida dicotomia tra confisca-sanzione e confisca-prevenzione, fino a qualche tempo fa universalmente accettata. Tant'è vero che la misura ablativa della confisca, specie se inquadrata nello «specifico e innovativo sistema punitivo degli enti collettivi», può svolgere sia l'una che l'altra funzione o anche entrambe. Sul punto v. diffusamente SACCONE, *Confisca "per valore" ed obbligatorietà del sequestro preventivo per equivalente: soluzioni interpretative nel caso di fallimento e profili di incostituzionalità delle cautele reali imposte "sine periculum"*, cit., p. 380 e ss.

¹⁵ Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, FOCARELLI, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3087. In particolare, secondo la Corte «È legittimo il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita e appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita, nei cui confronti sia instaurata la relativa procedura concorsuale, a condizione che il giudice, nell'esercizio

Corte di Cassazione con la sentenza 8 luglio 2008 n. 33425 ha ritenuto ammissibile il sequestro preventivo facoltativo dei beni appartenenti all'impresa dichiarata fallita, a condizione, però, che il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca, rispetto a quelle legittimanti la tutela degli interessi dei creditori costituiti nella procedura concorsuale, attraverso una valutazione "bilanciata"¹⁶ tra le ragioni che ineriscono all'acquisizione del bene in favore del patrimonio dello Stato e le ragioni sottese alla tutela dei creditori in buona fede che vantano diritti reali di

del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare. (In ordine alle altre tipologie di sequestro la Corte ha precisato in motivazione che: a) il sequestro probatorio può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore alla dichiarazione di fallimento, conserva la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale, trattandosi di una misura strumentale alle esigenze processuali che persegue il superiore interesse della ricerca della verità nel procedimento penale; b) il sequestro conservativo previsto dall'art. 316 c.p.p., in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto*, rientra, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 L. fall., R.D. 16 marzo 1942 n. 267, secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento; c) il sequestro preventivo c.d. impeditivo, previsto dall'art. 321 comma 1 c.p.p., di beni appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita è legittimo, a condizione che il giudice, nel discrezionale giudizio sulla pericolosità della res, operi una valutazione di bilanciamento del motivo di cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale; d) il sequestro preventivo avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare, prevalendo l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato). Va detto che la sentenza Focarelli si è occupata di una di una ipotesi di confisca facoltativa non attinente alla confisca prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001. Si segnala, inoltre, Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, ROMAGNOLI, in *Cass. pen.*, 2005, n. 12, p. 3933, con nota di VITIELLO. La Suprema Corte in tale sentenza ha ulteriormente precisato che all'espressione profitto non va attribuito il significato di "utile netto" o di "reddito". Tale orientamento è stato consolidato ulteriormente da Cass. pen., sez. un., 22 novembre 2005, n. 41936, MUCL, in *Guida al dir.*, 2005, n. 47, p. 52 e ss., in tema di confisca *ex art.* 322-ter c.p., confermando che il profitto corrisponde all' "utile ottenuto in seguito alla commissione del reato" ed il prodotto al "risultato, cioè al frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita". In dottrina si v. CHIARAVIGLIO *Sequestro preventivo, confisca e diritti dei terzi*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 6, p. 1399.

¹⁶ Tali argomentazioni delle sez. un., n. 29951/2004, cit., sono state fatte proprie nelle motivazioni della sentenza della Cass. pen., sez. V, n. 33425/2008, cit. Sul punto v. diffusamente SACONE, *Confisca "per valore" ed obbligatorietà del sequestro preventivo per equivalente: soluzioni interpretative nel caso di fallimento profili di incostituzionalità delle cautele reali imposte "sine periculum"*, cit., p. 373 e ss.

garanzia nei confronti dei beni passibili di confisca¹⁷.

Di qui il consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'art. 19, comma 2, del citato d.lgs., a differenza di quanto disposto nel comma 1 (e, ciò che

¹⁷ Successivamente alla sentenza FOCARELLI, come ben evidenziato dalle Sezioni Unite in commento, Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, sono nati due differenti indirizzi: per il primo (prevalente) al fine di stabilire la insensibilità o meno al fallimento della confisca conta la natura della res.: v. Cass. pen. sez. III, 2 febbraio 2007, n. 20443, SORRENTINO, in *Impresa*, 2007, 6, p. 918 con nota di IZZO, secondo la quale "Nella confisca obbligatoria *ex art.* 12-*sexies*, L. n. 356/1992, conseguente a condanna per contrabbando di tabacchi lavorati esteri di ingente quantità, allorché ad essere attinti dal provvedimento ablativo sono beni non intrinsecamente pericolosi, *ma tali soltanto per il legame intercorrente tra gli stessi ed il condannato, la finalità socialpreventiva della misura è soddisfatta con lo spossamento del condannato, realizzabile anche a favore dei creditori fallimentari se trattasi di beni intestati a società dichiarata fallita. In tale ultimo caso spetterà al giudice accertare con rigore che i beni non ritornino surrettiziamente in alcun modo nella disponibilità diretta o indiretta del condannato*"; Cass. pen., sez. I, 1 marzo 2013, n. 20216, ARCONTE, *rv.* 256256, in *CED Cassazione*, 2013, secondo cui "dei beni sottoposti a sequestro a norma dell'art. 12 *sexies* del D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con modif. in legge 7 agosto 1992 n. 356, qualora sopravviene il fallimento dell'imputato, può essere autorizzata la vendita su richiesta del curatore della procedura concorsuale ai fini della distribuzione del ricavato ai creditori, solo se il giudice acquisisce la ragionevole certezza che i cespiti non rientreranno nella diretta o indiretta disponibilità del condannato"; Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31990, GRASSI, *rv.* 235129, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, 5, p. 664: "Il sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto derivante dal reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche può riguardare beni che siano oggetto di una procedura fallimentare, e, quindi, può comportare il sacrificio delle ragioni dei creditori, trattandosi di beni intrinsecamente ed oggettivamente pericolosi per la loro pertinenza al reato, ma, ove tali beni siano sequestrati per equivalente, spetta al giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dare conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare". Come precisato dalle Sezioni Unite annotate nella sentenza Grassi si è affermato il principio secondo cui la pretesa dello Stato deve trovare tutela nell'ambito della procedura fallimentare per il rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti da tale procedura. Più specificatamente in tema di sequestro e confisca *ex art.* 19 d.lgs. n. 231 del 2001 le Sezioni Unite 11170/15 richiamano la già citata Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33425, FAZZALARI, secondo cui "In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile il sequestro preventivo a fini di confisca di beni in misura equivalente al profitto derivante dal reato anche quando la società cui gli stessi appartengono sia fallita, ma spetta al giudice dare conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare". Va segnalato come le Sezioni Unite in commento non condividono l'impostazione della sentenza Fazzalari secondo cui l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 configurerebbe una confisca facoltativa; v. anche Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 48804, Cur. Fall. Infrastrutture e servizi, *rv.* 2577553. Di tale ultima sentenza le sez. un. 11170/15 hanno apprezzato il corretto tentativo di trovare la soluzione del problema nella disposizione normativa specifica, tuttavia non hanno condiviso l'impostazione secondo cui il curatore come pure i creditori insinuati siano terzi in buona fede rispetto alle vicende personali del fallito.

più rileva, a differenza di quanto previsto dagli articoli 322-ter, 640-quater nonché 644 e 648-quater c.p.), prevederebbe un'ipotesi di confisca per equivalente facoltativa e non obbligatoria. Il punto cruciale del ragionamento seguito dai giudici di legittimità ruota intorno alla considerazione secondo cui il sopravvenire del fallimento preclude di fatto il possibile uso illecito dei beni sottoposti a cautela reale (nell'ambito del procedimento penale) da parte del titolare nonché autore del presunto reato, non profilandosi, quindi, una ipotesi di confisca obbligatoria. In verità, lo sposessamento dei beni venutosi a determinare in danno della impresa fallita, pur non traducendosi in una perdita del diritto di proprietà, determina pur sempre l'indisponibilità per il reo dei beni fallimentari che, pertanto, non possono considerarsi come cose di cui è obbligatoria la confisca, essendo venuta meno la possibilità di configurare la finalità preventiva del provvedimento cautelare. Peraltro la efficacia *erga omnes* della dichiarazione di fallimento, per effetto della quale il patrimonio dell'impresa fallita transita nell'esclusiva disponibilità del curatore fallimentare, fa sì che i beni societari possano – per di più – essere destinati al soddisfacimento delle legittime pretese dei creditori.

2. Il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 del 2001 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito: la nuova prospettiva interpretativa e la coerenza sistematica della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite hanno così riassunto il quesito in relazione al quale l'intervento regolatore è stato sollecitato: *“Se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma dell'art. 19, comma 2, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei ceptiti, senza prendere in considerazione le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori in buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato e, in quest'ultimo caso, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia)”*.

Nel tentativo di ricercare un nuovo punto di equilibrio tra sequestro/confisca ex d.lgs. 231/2001 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito, la Suprema Corte non solo ha riesaminato criticamente i vari orientamenti sulla natura giuridica della confisca, con particolare riferimento a quella per valore prevista in materia di responsabilità degli enti, ma ha anche dovuto affrontare due temi che – benché non espressamente devoluti alla sua cognizione – erano destinati

ad interferire non poco sulla soluzione interpretativa individuata: da una parte la legittimazione e l'interesse concreto del curatore fallimentare a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro adottato ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001; dall'altra la possibilità di individuare nella legislazione vigente in materia la disciplina del rapporto tra procedura fallimentare ed i provvedimenti di sequestro e confisca in esame.

Ed è proprio su tale versante che si colloca la prima importante affermazione di principio che ha indotto i giudici del Supremo Collegio a dissentire dalle conclusioni cui era prevenuta la precedente giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni Unite, infatti, con la nota sentenza FOCARELLI del 2004¹⁸ avevano affermato la natura facoltativa della confisca/sequestro ex art. 19 comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, muovendo dalla necessità, di dover contemperare le differenti e, per molti aspetti contrastanti, esigenze della tutela penale e dei legittimi diritti dei creditori, in assenza di una specifica disciplina della materia.

La sentenza in commento puntualizza, invece, come dalla lettura dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 sia possibile non solo ricavare la presenza nell'ordinamento di una disciplina precisa dell'istituto del sequestro/confisca, ma anche individuare una soluzione armonica del rapporto tra tale istituto e la eventuale procedura fallimentare a carico dell'ente. Il testo, infatti, ove correttamente interpretato consente di ricavare informazioni utili sia a ricostruire la natura della confisca che ad individuarne la interconnessione con la misura cautelare reale del sequestro, del tutto simile a quella disciplinata dall'art. 321, comma 2-bis, cod. proc. pen. Ne consegue non solo che il regime del sequestro – obbligatorio o facoltativo – segue quello della confisca, ma anche che l'assetto complessivo del sistema sequestro-confisca risente indubitabilmente della natura giuridica che si attribuisce a quest'ultima. Il sequestro, previsto dall'art. 53 in relazione all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, è disciplinato, infatti, in prospettiva della futura confisca, anche per equivalente, del prezzo e del profitto del reato¹⁹.

Quanto alla natura giuridica della confisca disposta in danno di un ente ritenuto responsabile di un illecito amministrativo dipendente da reato, le Sezioni Unite chiariscono che si tratta di una vera e propria sanzione *principale, obbligatoria ed autonoma*²⁰,

¹⁸ Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, FOCARELLI, cit.

¹⁹ In questo senso Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, cit.

²⁰ “La qualificazione della confisca come sanzione principale è certamente innovativa, dal momento che nel nostro sistema ordinamentale era stata, e lo è tuttora, variamente qualificata. Se il codice Zanardelli, infatti, la elencava tra gli “effetti penali della condanna” (in dottrina v. tra gli altri CRIVOLI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1893), il codice Rocco la cataloga, con la previsione dell'art. 240 cod. pen., tra le misure di sicurezza patrimoniali, e la fonda, come precisato dalla giuri-

introdotta dal legislatore con la finalità di impedire, tanto nella ipotesi di confisca diretta del profitto del reato (comma 1), quanto nella ipotesi di confisca per equivalente (comma 2), che l'ente possa godere del profitto generato dalla condotta illecita anche quando non sia possibile apprendere il profitto diretto del reato. La natura sostanzialmente sanzionatoria della confisca per equivalente risulta, peraltro, evidente ove si consideri che l'art. 9 del decreto legislativo n. 231 del 2001 annovera (comma 1 lett. c) tra le sanzioni

sprudenza (v. Cass. pen., sez. un., 22 gennaio 1983, n. 1, COSTA) sulla pericolosità derivante dalla disponibilità di cose servite o destinate a commettere il reato ovvero delle cose che ne sono il prodotto o il profitto e finalizzata a prevenire la commissione di ulteriori reati. Successivamente sono state introdotte nell'ordinamento ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato: così Cass. pen., sez. un., 11170/2015, cit.; v. anche *ex multis* v. Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, rv. 239927, Fisia Italimpianti s.p.a., in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 10, p. 1263 con nota di EPIDINDIO-ROSSETTI; Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051; Cass. pen. sez. II, (ud. 16 febbraio 2006) 22 marzo 2006, n. 9829, in *Giur. It.*, 2006, 11, p. 2139, con nota di SANTORIELLO; Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, in *Giur. It.*, 2012, 3, p. 661, con nota di AURIEMMA. Da ricordare anche Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1382, che definisce la confisca "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"; Cass. pen., sez. V, 1 aprile 2004, NAPOLITANO e altro, in *Mass. Uff.*, n. 228750, ed in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, p. 562. Corollario del natura sanzionatoria della confisca per equivalente è l'applicazione dei principi garantistici previsti in materia di sanzioni penali, in particolare del divieto di retroattività, previsto, com'è noto, per le pene ma non per le misure di sicurezza. Sul punto la Corte Costituzionale n. 97 del 2009 ha affermato che la mancanza di "pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un nesso di pertinenzialità tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura eminentemente sanzionatoria che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 c.p., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive". In dottrina si rinvia a ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2107 ss.. Secondo l'Autore «la fungibilità dei beni ricavati dal reato con una somma monetaria di pari valore sgombra la scena della confisca da qualunque residua inclinazione ad accedere alla nozione di pericolosità delle cose, che si trasferirebbe al reo». V. anche BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 231, secondo cui «la misura in questione non ha nulla a che fare con il perseguimento di esigenze special preventive, legate ad una qualche pericolosità oggettiva del bene confiscato, quanto piuttosto con la finalità di privare il reo di ogni possibile guadagno o utilità derivante dall'illecito commesso ... tale forma di confisca non necessita di alcuna dimostrazione sul nesso di pertinenzialità tra delitto e cose da confiscare, essendo sufficiente la mera perpetrazione del reato (e, quindi) diviene assolutamente indifferente che il soggetto sia privato proprio dello stesso bene ottenuto dal reato, o di un bene diverso, purché di valore corrispondente»; PRETE, *La confisca sanzione: un difficile cammino*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 4, p. 115; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, p. 19 e ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007.

amministrative, appunto, la confisca²¹. Il principio affermato dalle Sezioni Unite appare coerente non solo con la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie²², ma anche con la Convenzione OCSE 17/12/1997, aderendo alla quale l'Italia si è impegnata ad attuare (conformemente all'art. 2) «le misure necessarie a stabilire la responsabilità delle persone morali» prevedendo, altresì, specifiche sanzioni interdittive, pecuniarie ed ablatorie, che fossero in stretto rapporto funzionale con l'accertamento della responsabilità²³.

Egualmente coerente si profila il ragionamento seguito dalla Corte per approdare alla conclusione secondo cui la sanzione della confisca del prezzo o del profitto del reato prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, sia in via diretta (comma 1) che per equivalente (comma 2), è pur sempre obbligatoria non essendo demandato al giudice l'esercizio di un potere discrezionale in ordine alla sua imposizione²⁴. Sul punto il det-

²¹ In ogni caso va detto che la disciplina sulla responsabilità degli enti prevede anche l'eventualità che la confisca assuma funzioni diverse, come nel caso previsto dall'art. 6 comma 5 del decreto legislativo 231/2001, applicabile nelle ipotesi in cui non sia accertata la responsabilità dell'ente ed alla quale, quindi, non può essere riconosciuta alcuna funzione sanzionatoria. V. PISANI, *Le ipotesi di confisca nel d.lgs. 231 del 2001 in tema di responsabilità amministrativa ex crimine dell'ente: profili sostanziali*, in *Relazione tenuta all'incontro del CSM Criminalità organizzata e pubblica amministrazione*, 9 novembre 2005. Lo stesso legislatore delegato ne giustifica la previsione esclusivamente affermando che «la circostanza che, nel caso di elusione fraudolenta del modello senza colpa dell'ente, non sia ravvisabile alcuna responsabilità dello stesso, nulla toglie all'inopportunità che la persona giuridica si trovi a privarsi dei profitti economici che comunque abbia tratto dall'operato del c.d. amministratore infedele», v. Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, p. 10.

²² *Ex multis* sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit.; Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2006, n. 9829, MIRITELLO, rv. 233373, in *Giur. It.*, 2006, 11, p. 2139 nota di SANTORIELLO; Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, CODELFA, in *CED Cassazione*, 2012. In dottrina, v. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali*, cit., p. 33; COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3041.

²³ In proposito le Sezioni Unite non hanno mancato di sottolineare come il sistema sanzionatorio previsto per gli enti dal d.lgs. n. 231 del 2001 fuoriesce dagli schemi tradizionali incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie e mira a stabilire uno stretto rapporto funzionale tra la responsabilità accertata e la sanzione da applicare. Rapporto quest'ultimo ravvisabile, quindi, non solo per la confisca del prezzo e del profitto del reato, ma anche per quella di valore prevista dal comma 2 dell'art. 19 d.lgs. 231 del 2001 perché, come efficacemente è stato rilevato (sez. Un, Impregilo-Fisia Italimpianti, già citata), «la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti - appunto economici - sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire un profitto geneticamente illecito».

²⁴ Sul punto, tra le tante, Cass., sez. VI, 18 marzo 2009, n. 14973, AZZANO, rv. 243507, in *CED Cassazione*, 2009; Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28683, BATTAGLIA, rv. 247670, in *Giur. It.*, 2011, 4, p. 910 con nota di ARTUSI; Cass. pen., sez. un., Impregilo-Fisia Impianti del 2008; Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, Curatela fall. Soc. Tecno Hospital, in *CED Cassazione*,

tato normativo è chiaro e non lascia adito ad interpretazioni alternative: nei confronti dell'ente, una volta che risulti accertato il reato presupposto e comprovata la responsabilità, «è sempre disposta [...] la confisca del prezzo o del profitto del reato»²⁵.

Tale affermazione consente, altresì, di ritenere definitivamente superate le incertezze interpretative che avevano riguardato l'ipotesi prevista al comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, in relazione alla quale l'utilizzo del termine "può" da parte del legislatore, era stato ritenuto indicatore di facoltatività della confisca per valore prevista dalla norma²⁶. Si tratta, invece, secondo l'opinione della Suprema Corte, di una ipotesi di confisca obbligatoria che riproduce analoghe forme di confisca per valore introdotte per i reati contro la pubblica amministrazione e per i delitti di truffa in danno dello Stato o di altri enti pubblici²⁷. L'assunto trova innanzitutto conferma nel fatto che il termine "può" non è stato utilizzato per indicare l'esercizio ad opera del giudice di un potere discrezionale, bensì la possibilità di procedere alla confisca per valore stante la presenza effettiva di ulteriori beni appartenenti all'ente responsabile. Peraltro, una volta accertata la natura sanzionatoria delle confisca per equivalente attribuendole la finalità di riequilibrio economico attraverso la neutralizzazione degli indebiti vantaggi (diretti ed indiretti) generati dalla commissione del reato presupposto, sarebbe paradossale che, accertata la responsabilità dell'ente, questi possa sfuggire alla sanzione economica avendo dimostrato maggiore capacità ad alienare o dissimulare beni e proventi illecitamente acquisiti.

2013.

²⁵ D'altronde una tale soluzione discende dai principi generali, nel senso che una volta accertata la responsabilità di una persona per il reato contestatogli il giudice non può, nel nostro sistema penale – e la responsabilità degli enti è in buona sostanza modellata su quella penale – omettere di applicare la sanzione prevista dal codice o dalle leggi speciali, essendo la sua discrezionalità limitata alla sola misura della sanzione da infliggere al colpevole. Così Cass. Pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, cit. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere l'obbligatorietà della sanzione della confisca ex art. 19 d.lgs. 231 del 2001 quando sia stata accertata la responsabilità dell'ente.

²⁶ In questo senso si era espressa Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33425, FAZZALARI, cit., che, nel tentativo di rinvenire un fondamento sistematico alla necessità che il giudice della cautela o della confisca operasse un raffronto tra esigenze sanzionatorie e quelle dei creditori, nella ipotesi in cui i beni da aggredire risultassero attratti all'attivo fallimentare, aveva ritenuto che il termine "può", utilizzato dal legislatore al comma 2 dell'art. 19 decreto n. 231 del 2001, fosse indicativo della facoltatività della confisca per valore.

²⁷ Sul punto cfr., fra le tante, Cass. sez. VI, 18 marzo 2009, n. 14973, cit.; Cass. pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28683, cit.; Cass. pen., sez. sn., Impregilo-Fisia Impianti del 2008, cit.; Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, cit., ove si sottolinea l'omogeneità funzionale tra la confisca per equivalente *contra societatem* e le ipotesi previste dagli artt. 322-ter, 640-quater, 644 c.p.

3. I limiti normativi al sequestro ed alla confisca per equivalente: a) la clausola di salvaguardia

Una volta chiarito che alla confisca per equivalente prevista dall'art. 19 comma 2 del d.lgs. 231 del 2001 va attribuita natura sanzionatoria, l'indagine del Supremo Collegio si sposta sul versante della individuazione dell'esistenza di limiti positivi al potere ablativo che il legislatore assegna al giudice della cognizione penale, che imporrà la confisca con la sentenza di condanna, ed al giudice per le indagini preliminari, cui è demandato il potere di disporre il sequestro preventivo delle cose confiscabili nella fase delle indagini preliminari. L'art. 19 comma 1 d.lgs. 231 del 2001 pone limiti importanti alla confisca e, conseguentemente al sequestro: sebbene obbligatori, infatti, devono farsi salvi i diritti del danneggiato dal reato ed i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

Benché non sia ripetuta nel comma 2 della norma in esame, la clausola di salvaguardia opera senz'altro anche in relazione al sequestro per valore, considerato che la previsione di cui al comma 2 dell'art. 19 vale solo ad estendere gli effetti della sanzione ablativa a danaro e beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

Quanto alla portata della clausola di salvaguardia che fa salvi «i diritti acquisiti dai terzi in buona fede», la decisione in esame chiarisce da una parte che deve trattarsi di diritti che gravano «... sui beni provento dell'illecito ..., non estendendosi la confisca al patrimonio dell'impresa alla stregua di una pena patrimoniale ...»; dall'altra che ad essere «... salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano ...». La norma, del resto, non contiene riferimenti ai diritti di credito eventualmente vantati da terzi proprio perché il legislatore ha inteso salvaguardare solo i beni che seppure risultino provento di illecito, appartengano – «cose appartenenti», appunto, stando all'espressione usata dall'art. 240, comma 3 c.p. – a terzi estranei al reato, o meglio all'illecito commesso dall'ente²⁸. L'interpretazione, peraltro, risulta coerente con l'intero sistema normativo concepito dal legislatore in materia di responsabilità degli enti e puntualmente ricostruito dalle Sezioni Unite: una volta accertata la responsabilità della persona giuridica per l'illecito amministrativo derivante da reato, l'ordine economico turbato dall'attività dell'ente deve essere ristabilito attraverso l'irrogazione della confisca sanzionatoria del provento derivante da tale attività, senza pregiudicare i diritti dei terzi titolari di diritti acquisiti in buona fede sui beni oggetto di sequestro e confisca.

Dunque, la competenza funzionale a valutare se eventuali diritti vantati da terzi siano o meno stati

²⁸ Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17.3.2015), n. 11170, cit.

acquisiti in buona fede, spetta al giudice che procede in sede penale²⁹ – giudice per le indagini preliminari, giudice di merito, giudice dell'esecuzione³⁰ – al quale compete in via esclusiva l'applicazione della clausola di salvaguardia onde sottrarre determinati beni – quelli da restituirsì al danneggiato e quelli sui quali il terzo abbia acquisito diritti in buona fede – alla esecuzione del sequestro preventivo o della confisca (a seconda della fase in cui il procedimento si trova). D'altra parte una diversa interpretazione non sarebbe possibile in assenza di specifiche disposizioni normative: la lettera della legge, infatti “... non demanda a nessun altro giudice la valutazione del buon diritto del terzo ...”³¹.

²⁹ Quanto alla competenza del giudice dibattimentale v. Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2013, dep. 2014, n. 25201, in CED Cassazione 2014: “È legittimo il mantenimento del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni di una società nei cui confronti pende un procedimento per responsabilità amministrativa nascente da reato anche quando sopravviene a carico dell'ente una procedura concorsuale, poiché tale vicenda giuridica non sottrae al giudice penale il potere di valutare, all'esito del procedimento se disporre la confisca, e, in caso positivo, con quale estensione e limiti”. Quanto alla competenza del giudice dell'esecuzione v. Cass. pen. sez. II, 12 febbraio 2014, n. 10471, rv. 259347, in CED Cassazione, 2014: “Il titolare di un diritto di credito assistito da garanzia reale su bene sottoposto a sequestro penale potrà far valere il suo diritto solo in via posticipata davanti al giudice dell'esecuzione penale, a seguito della decisione definitiva sulla confisca; non è invece legittimato a una tutela in via anticipata attraverso la promozione o la prosecuzione dell'azione esecutiva civile”. La stessa sentenza ha ritenuto non applicabile la disciplina prevista per i sequestri di prevenzione dal Titolo IV del D.Lgs. n. 159 del 2011 (cd. codice antimafia), in tema di tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali ai sequestri penali, neppure a quelli funzionali alla confisca prevista dall'art. 12-sexies D.L. n. 306 del 1992, convertito dalla legge n. 356 dello stesso anno; V. anche Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2011 (dep. 26 gennaio 2012), n. 3311, LONATI, rv. 25184, in CED Cassazione, 2012; Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2013, n. 27201, Cali, Rv 257599, in CED Cassazione, 2013.

³⁰ Sulla competenza funzionale del giudice dell'esecuzione penale cfr. Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit.: “Non vi può essere dubbio che il sequestro o la confisca disposti su beni appartenenti al terzo, che li abbia acquisiti in buona fede, non possono produrre effetti ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, che salvaguarda i diritti dei terzi; quindi il titolo non potrà essere ritenuto valido e sarà il giudice dell'esecuzione competente a provvedere”.

³¹ Cfr. Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, cit., secondo cui “... non vi è alcuna ragione, né normativa, né logica per ritenere che la valutazione del buon diritto del terzo spetti ad altro giudice che non sia quello al quale è demandato il compito di giudicare l'ente ed eventualmente, in caso di affermazione della responsabilità, infliggergli la sanzione prevista dalla legge”. Per la Corte “non è ravvisabile una vera e propria lacuna normativa colmabile attraverso l'interpretazione analogica in materia di sequestro/confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 e rapporti di tale istituto con la procedura fallimentare”. In tale ottica non è applicabile la normativa di prevenzione che prevede la competenza del giudice fallimentare (come prospettato dai ricorrenti), anche per la diversità di finalità e modalità applicative dei due istituti ove il procedimento di prevenzione ha carattere di specialità. Sul tale ultimo aspetto v. Cass., sez. II, 12 febbraio 2014, n. 10471 Italfondario s.p.a., rv 259348.

La ricostruzione sistematica operata dalle Sezioni Unite trova, peraltro, conferma in specifiche disposizioni del codice di procedura penale in materia di giurisdizione e prova. L'art. 2 comma 1 c.p.p.³², infatti, in tema di “cognizione del giudice penale”, gli attribuisce il potere di risolvere ogni questione (civile, penale ed amministrativa) da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito; mentre l'art. 3 comma 1 c.p.p.³³, nel novero delle questioni pregiudiziali che possono devolversi alla cognizione del giudice civile non contempla quelle che hanno ad oggetto l'accertamento del buon diritto del terzo.

Sotto altro profilo, poi, una volta stabilita la natura sanzionatoria della confisca – diretta e per valore –, i fatti che ne determinano l'applicazione, ivi compresi quelli capaci di influire sull'operatività della cd. clausola di salvaguardia, rientrano tra le circostanze oggetto di prova a norma dell'art. 187 comma 1 c.p.p. (secondo cui sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono alla imputazione, alla punibilità ed alla *determinazione della pena* o della misura ai sicurezza).

4. Segue: b) sopravvenienza del fallimento e coesistenza di vincoli cautelari

Può accadere (come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite) che nel corso del procedimento teso ad accertare la responsabilità dell'ente, quest'ultimo venga dichiarato fallito o ammesso ad altra procedura concorsuale. Sul punto la sentenza che si annota richiama la giurisprudenza di legittimità ampiamente condivisa secondo cui “*deve escludersi che il fallimento della società determini l'estinzione dell'illecito previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001*”³⁴. Né è possibile “... assimilare il fallimento della società alla morte del reo perché una società in stato di dissesto, per la quale si apra la procedura fallimentare, non può dirsi estinta, tanto è vero che il curatore ha esclusivamente poteri di gestione del patrimonio al fine di evitare il depauperamento dello stesso e garantire la par condicio creditorum mentre la proprietà del patrimonio compete ancora alla società”³⁵.

³² Tra gli altri sulle questioni incidentali v. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 4; MARZADURI, *sub artt. 1-3*, in *Comm. Chiavario*, I, Torino, 1989, p. 69; MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *ED*, agg., VI, Milano, 2002, p. 913; FOSCHINI, *Pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, p.102.

³³ Per una lettura dell'art. 3 c.p.p. si rimanda a MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, cit., p. 927; ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, pp. 105 e 117.

³⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., n. 11170/15, cit.

³⁵ Sul punto v. tra le altre Cass. pen., sez. V, 16 settembre 2012, n. 44824, Magiste International s.a., rv. 253482, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 8, p. 940 con nota di GUERINI e in *Giur. It.*, 2013, 7, p. 1650 con nota di ZANALDA, in *Dir. e giust.*, 2012, con nota di GALASSO, *Il fallimento della società non è assimilabile alla morte del reo*. V. anche SALVATORE, *Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito amministrativo da reato (Commento a Cass. pen., sez. V, 15 novembre 2012, n. 44824)*, in *Resp. amm. soc. enti*,

A ben vedere è la stessa normativa fallimentare ad escludere che il fallimento integri una causa estintiva della società per la sua natura “non definitiva”: l’art. 18 l.fall., prevede che la sentenza di fallimento è soggetta a reclamo, che può condurre alla revoca del provvedimento; l’art. 104 l.fall., disciplina l’esercizio provvisorio dell’impresa fallita; l’art. 118, comma 1, n. 2), l.fall., stabilisce che, pagati tutti i debiti e appianato il

2013, 2, p. 255 ss. Per un commento v. altresì CHIARA VIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico. Brevi note a Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012 (ud.), 15 novembre 2012 (dep.), n. 44824*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Analogamente Cass. pen., sez. V, 16 novembre 2012 (dep. 29 gennaio 2013), n. 4335, FRANZA, rv. 254326, in *CED Cassazione*, 2013; Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 47171, VANUZZO, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 47171, in *Riv. pen.*, 2010, p. 515, con nota di CORUCCI, *La morte del reo e il fallimento dell’ente: il parallelo che non c’è*; in *Cass. pen.*, 2012, 3072, con nota di ARIOLLI-D’URZO, *Fallimento ed illecito amministrativo dipendente da reato: spunti problematici di una quaestio ancora non definitivamente risolta*. Non condivisibile, quindi, l’orientamento della giurisprudenza di merito v. Trib. Palermo, uff. G.i.p., 22 gennaio 2007, n. 48, in *Riv. pen.*, 2008, p. 797, con nota di DI FRESCO, *“La morte per fallimento” della società. Note a margine di una pronuncia in tema di responsabilità “da reato” delle persone giuridiche*, secondo cui il fallimento estingue l’illecito amministrativo ex d.lgs. 231/01. Dello stesso tenore Trib. Milano, sez. X, 20 ottobre 2011, in *Società*, 2012, 3, p. 294, con nota di SALAFIA, *Osservazioni critiche alla sentenza del 20 ottobre 2011 del Tribunale di Milano, sezione decima*, secondo cui «l’estinzione della società a seguito della sua liquidazione e della sua cancellazione dal registro delle imprese comporta, ai fini penali (*recte*: della responsabilità da reato degli enti, n.d.r.), l’estinzione dell’illecito e la conseguente improcedibilità dell’azione penale, come nel caso di morte del reo nel procedimento penale nei confronti della persona fisica». Infatti, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, «la cancellazione della società dal registro delle imprese ha effetti costitutivi dell’irreversibile estinzione della società e non può essere paragonata alla trasformazione o fusione dell’ente, né alla scissione o cessione di azienda poiché le prime due presuppongono una prosecuzione del soggetto giuridico sotto una diversa forma giuridica e le altre una vicenda modificativa dell’ente che estende le responsabilità per le obbligazioni nascenti dalla sentenza di condanna al cessionario d’azienda, anche nell’ipotesi che quest’ultimo sia un soggetto estraneo alle vicende che hanno determinato la contestazione dell’illecito in capo alla società». Sugli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, a seguito della riforma, si v. Cass. civ., sez. un., 7 marzo 2013, n. 6070, in *Società*, 2013, 5, p. 536, con commento di FIMMANÒ e nota di GUZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il “problema” del soggetto: qualche considerazione critica*. In dottrina v. anche BUSSON, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell’ente, in Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, p. 192 ss.; DI GERONIMO, *Rapporti tra fallimento della società ed accertamento degli illeciti amministrativi dalla medesima commessa: profili problematici in tema di misure cautelari, trasmissibilità delle sanzioni e legittimazione processuale del curatore nel procedimento a carico della società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 11, p. 147 ss. Sulla difficile conciliabilità tra disciplina delle vicende modificative dell’ente ex d.lgs. n. 231/2001 e principio della personalità della responsabilità, cfr., *ex pluribus*, ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.Vv. *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 49 ss.

passivo, la società riprende la sua attività; gli artt. 42 ss. l.fall. dispongono la prosecuzione di taluni rapporti giuridici pendenti tra la società e i terzi; l’art. 124 l.fall. legittima gli organi sociali a deliberare e a proporre la domanda di concordato. In altre parole, nel fallimento l’ente continua ad esistere e l’effetto estintivo consegue alla chiusura della procedura concorsuale per compiuta ripartizione finale dell’attivo o mancanza di attivo, mediante cancellazione della società dal registro delle imprese ex art. 118, comma 2, l.fall.³⁶. Inoltre, l’interpretazione secondo cui la dichiarazione di fallimento è evento neutro rispetto alla responsabilità da reato della persona giuridica meglio si concilia con l’art. 27 d.lgs. 231 del 2001³⁷.

Ora, quando nel momento della dichiarazione di fallimento i beni attratti alla massa fallimentare risultano già gravati dal sequestro, anche per equivalente, adottato ai sensi degli artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231 del 2001 dal giudice funzionalmente competente in relazione alla fase del procedimento, si pone il problema del rapporto tra i due vincoli e di quale dei due debba prevalere. Per risolvere la questione di diritto le Sezioni Unite sottolineano come il divieto di imporre più vincoli sugli stessi beni non trova alcuna giustificazione ed è tutt’altro che dimostrato, posto che nessuna norma lo prevede; anzi, la logica del sistema consente e prevede l’apposizione di più vincoli³⁸, con finalità –

³⁶ La recente giurisprudenza di legittimità propende per l’effetto costitutivo dell’irreversibile estinzione della società determinato dalla cancellazione: v. Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2013, n. 6070, 6071 e 6072, in *www.ipsoa.it/lesocieta*; Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060, in *Giur. it.*, 2010, p. 1610, con nota di WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*; in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 874 ss., con nota di PIANTANELLI, *L’efficacia e la natura della cancellazione della società di persone dal registro delle imprese: l’“apparente” orientamento innovativo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*; Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4062, in *Società*, 2010, 8, p. 1004, con nota di DALFINO, *Le Sezioni Unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*; in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 698, con nota di ROSSANO, *La cancellazione dal registro delle imprese e la società di persone*; in *Fall.*, 2010, p. 1403, con nota di CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*; in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 199, con nota di BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*.

³⁷ BORSARI, *Responsabilità da reato degli enti e fallimento*, cit., p. 1223, “Difatti, ove si negasse l’ammissibilità dell’esecuzione concorsuale nei confronti degli enti per il recupero della “sanzione 231”, perderebbe di significato pratico la norma dell’art. 27, comma 2, a mezzo della quale il decreto stabilisce un privilegio, espressamente destinato ad assistere il credito dello Stato per il pagamento della sanzione pecuniaria, fruibile perlopiù nelle ipotesi di fallimento”.

³⁸ Un primo orientamento, v. Cass., sez. I, 11 aprile 2002, n. 13947, in *Riv. pen.*, 2002 si era espresso per la permeabilità tra fallimento e sequestro/confisca. V. anche Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 1213, in *Mass. Giur. It.*, voce *Liquidazione coatta amministrativa*, 1998, p. 17. Gli interessi sottesi alla procedura fallimentare presenterebbero natura pubblicistica quanto quelli tutelati dalla confisca, dacché l’irrinunciabile esigenza di salvaguardare il soddisfacimento mediante confische parziali, ovvero mediante la possibilità, concessa al creditore pignoratorio, di

quello derivante dal sequestro e/o dalla confisca e quello imposto dall'apertura della procedura fallimentare – del tutto differenti e tra loro non confliggenti: garantire la pretesa punitiva dello Stato in caso di condanna dell'ente, il primo; spossessare il fallito o la società fallita dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, evitando ulteriori depauperamenti del patrimonio stesso e garantendo la *par condicio creditorum*, il secondo. Si tratta di finalità di indubbio rilievo pubblicistico che meritano considerazione e tutela in quanto correlate a procedure essenziali per il perseguimento delle finalità in precedenza evidenziate.

Anche in questo caso la Corte individua nella lettura sistematica dell'art. 19 d. lgs. 231 del 2001 il fondamento normativo della coesistenza dei due vincoli. A ben vedere, la clausola di salvaguardia che la norma prevede in favore dei terzi che abbiano acquisito diritti in buona fede, non è ancorata ad alcun limite tempo-

esercitare delle facoltà sul bene confiscabile e appreso alla massa fallimentare (ad es. con la vendita sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria fallimentare). Successivamente v. Cass. pen., sez. II, 3 giugno 2003, n. 24160, in *Fall.*, 2004, p. 1365, con nota di FILIPPI, *Sequestro penale di beni al fallito*, si è ritenuto che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca potesse prevalere rispetto alla procedura fallimentare allorché destinato a soddisfare una funzione di prevenzione speciale rilevante *erga omnes*, in quanto colpisca l'utilizzazione di un bene intrinsecamente illecito o suscettibile di aggravare le conseguenze della condotta criminosa, con esclusione delle ipotesi in cui il carattere preventivo della misura coincida col fine di impedire la dispersione delle garanzie patrimoniali *ex art.* 316 ss. c.p.p. *Contra* FRAIOLI, *Note in materia di confisca e persona estranea al reato*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 859, per il quale la procedura fallimentare ha natura di procedimento esecutivo, dando luogo ad una sorta di "pignoramento generale", in quanto tale prevalente ove intervenuto prima della confisca. Le Sezioni Unite Focarelli, n. 29951/2004, cit., hanno statuito l'assenza di una incondizionata permeabilità del fallimento rispetto ai provvedimenti ablativi emessi dall'Autorità giudiziaria penale, imponendosi una preliminare distinzione in considerazione del fatto che la tutela reale sia diretta a confisca obbligatoria o facoltativa. Nel primo caso il bene oggetto di confisca è intrinsecamente illecito e perciò sempre apprensibile dallo Stato, sicché la sopravvenienza del fallimento in nessun modo può incidere sull'applicabilità della misura e della relativa cautela reale, in relazione alla quale il presupposto del *periculum* va sempre presunto in base alla mera confiscabilità della *res*. Nell'altro caso i provvedimenti esulano dall'intrinseca pericolosità del bene e possono essere legittimamente applicati soltanto a seguito di una valutazione bilanciata tra esigenze creditorie e quelle sottese all'applicazione della misura di sicurezza. Critico FRAIOLI, *Note in materia di confisca e persona estranea al reato*, cit., p. 859, secondo il quale la distinzione prospettata dalle Sezioni Unite, tra ablazione obbligatoria e facoltativa provverebbe i terzi nella procedura fallimentare di adeguata tutela. Quanto alla possibilità di disporre il sequestro su beni sui quali sia già stato apposto tale vincolo in altro procedimento penale e con riferimento più specifico alla ipotesi di beni facenti parte della massa del fallimento, v. Cass. pen., sez. V, 24 gennaio 2005, n. 8468, rv. 231176, LANGÈ e altri, in *CED Cassazione*, 2005 ed in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, 2, p. 229; Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2010, n. 42235, rv. 248888, in *CED Cassazione*, 2010; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 20443, in *Impresa*, 2007, 6, p. 918, con nota di IZZO, in tema di confisca obbligatoria *ex art.* 12-*sexies*, L. n. 356/1992.

rale, nel senso che la prova della titolarità del diritto e della acquisizione in buona fede può essere fornita sia nella fase in cui i beni sono sottoposti a sequestro preventivo (al giudice per le indagini preliminari ovvero al giudice di merito), che dopo che sia stata definitivamente disposta la confisca degli stessi (al giudice dell'esecuzione: si veda ad esempio la situazione del terzo che, per ragioni varie, non abbia fatto valere il proprio diritto nell'ambito del procedimento di cognizione e prima che venisse disposta la confisca dei beni dell'ente. Tale ultima ipotesi è proprio quella che si verifica in caso di apertura della procedura fallimentare, venendo il diritto del terzo riconosciuto soltanto alla chiusura della procedura fallimentare³⁹. Sul punto v. *amplius* sub §3 e §7).

5. Clausola di salvaguardia e terzo in buona fede: a) la nozione di cui all'art. 19 d.lgs. 231 del 2001

Le Sezioni Unite, aderendo all'orientamento giurisprudenziale consolidato⁴⁰, individuano i requisiti di terzietà e buona fede che consentono di far salvi i diritti vantati su beni oggetto di confisca, distaccandosi dall'impostazione civilistica secondo cui "la buona fede è presunta e basta che vi sia al momento dell'acquisto" (art. 1147, comma 3 c.c.). Il punto da cui muove l'argomentazione è, ancora una volta, l'art. 19, comma 1, d.lgs n. 231/2001 dal quale si ricava la clausola di salvaguardia a favore dei diritti del danneggiato e dei terzi in buona fede. Per le Sezioni Unite "terzo è la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi; soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e soggettiva può vedere riconosciuta laintangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli

³⁹ Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, cit., ove si sostiene, altresì, che una tale ricostruzione degli istituti del sequestro/confisca di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 e della procedura fallimentare, e della ritenuta compatibilità della apposizione dei due vincoli sugli stessi beni, trova conforto anche nella disposizione dell'art. 27, comma 2, del citato decreto, secondo la quale «i crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente relativi a reati hanno privilegio secondo le disposizioni del codice di procedura penale sui crediti dipendenti da reato. A tale fine la sanzione pecuniaria si intende equiparata alla pena pecuniaria». Ciò significa che se venga disposta la confisca dei beni in pendenza di una procedura fallimentare sugli stessi, lo Stato potrà insinuarsi nel fallimento per far valere il proprio diritto, che sarà soddisfatto dopo che siano stati salvaguardati i diritti dei terzi acquisiti in buona fede.

⁴⁰ Quanto applicazione della clausola di salvezza anche ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex art.* 53 s.lgs 231/2011 tra le altre v. Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2323, con nota di MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*; Cass., sez. VI, 21 gennaio 2010, n. 16526, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1150. In dottrina v. BRICCHETTI, *Sub art.* 19, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 269.

effetti del provvedimento di confisca⁴¹. Diverse sono le caratteristiche soggettive ed oggettive affinché un soggetto possa essere definito “terzo”: è sicuramente di tipo soggettivo la buona fede, mentre è di tipo oggettivo la natura dei beni o la natura dei diritti vantati sul bene⁴². Ed ancora, va anche detto come il concetto di estraneità assume una accezione sostanziale e non formale. L'estraneità deve, inoltre, sussistere rispetto al reato e non al procedimento ad esso relativo⁴³. In altre parole, il fatto di non essere imputato o indagato nel procedimento in cui viene disposta la confisca o il sequestro non è elemento sufficiente a qualificare il soggetto come «estraneo».

L'estraneità al reato deve essere intesa in senso attivo, tanto da considerare terzo anche l'offeso dal reato che, in quanto vittima del comportamento illecito, risulta meritevole di particolare tutela⁴⁴. Tale definizione potrebbe però risultare fuorviante in vista di una ricostruzione generale di «estraneità al reato». Infatti, da un punto di vista attivo, il concetto di estraneità si caratterizza essenzialmente per la mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile⁴⁵. L'assenza di contributo attivo alla realizzazione dell'illecito rappresenta il nucleo minimo che connota la persona estranea, ma non ne esaurisce il concetto, che va visto anche sotto il profilo della assenza di vantaggi o utilità ricavati dal reato.

Sul punto è utile ricordare come la giurisprudenza costituzionale⁴⁶ richiamata nella sentenza annotata, accogliendo la tesi secondo cui non può reputarsi

estranea al reato la persona che abbia ricavato un utile dalla condotta illecita del reo, ha ritenuto salvaguardabile solo la posizione del terzo che non si sia *neppure avvantaggiato dalla commissione del delitto*. E Su tale principio si è consolidata la successiva giurisprudenza di legittimità.

Con riguardo alla nozione di buona fede, le Sezioni Unite riprendono gli insegnamenti della sentenza Bacherotti⁴⁷, che ha precisato come: «il concetto di estraneità al reato è individuabile anche in presenza dell'elemento di carattere oggettivo integrato dalla derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, purché sussista la connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato sommerso dal condannato ... La coesistente inerente del requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole alla condizione della persona estranea al reato, cui appartengono le cose confiscate, rappresenta l'inevitabile corollario della impossibilità di attribuire alla confisca una base meramente oggettiva assolutamente incompatibile col principio di personalità della responsabilità penale sancito all'art. 27 comma 1 Cost. e col principio generale di giustizia distributiva per cui la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito».

Non è richiesta, quindi, una mera assenza di consapevolezza della commissione del reato (buona fede in senso soggettivo, quale situazione psicologica di ignoranza della lesione), ma anche il rispetto di obblighi di comportamento diligente (c.d. buona fede in senso oggettivo⁴⁸, volti ad evitare la possibilità di trarre vantaggio dai comportamenti illeciti altrui⁴⁹).

In altre parole, si collega il sacrificio del terzo al paradigma di colpevolezza *ex art. 27, comma 1, Cost.* Su tale principio la Corte costituzionale⁵⁰ ha ribadito che «il proprietario della cosa sottoposta a confisca obbligatoria, se estraneo al reato e indenne da colpa, finisce con l'essere colpito a titolo di responsabilità oggettiva, con conseguente violazione dell'art. 27 primo comma della Costituzione» [ove la posizione del terzo incolpevole] «è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico⁵¹».

⁴¹ Sul tale concetto le sez. un. 11170/15, cit. richiamano Cass., sez. II, 14 ottobre, n. 11173, TASSINARI, Rv 193422; Cass., sez. III, 19 gennaio 1979, n. 3390, RAVAZZANI, Rv 141690; impostazione confermata anche da Corte Cost. 2 del 1987.

⁴² Si possono individuare determinati tipi di beni rispetto alla tutela del terzo: *beni intrinsecamente illeciti (rispetto ai quali non far operare alcuna tutela del terzo); res meritevoli per un interesse della collettività o di soggetti deboli, eventualmente apprestando particolari modalità esecutive ovvero limitando la tutela solo a chi vanta diritti di una determinata natura sul bene oggetto di confisca (reali di godimento, reali di garanzia, di credito)*: Cass. sez. un. 11170/15, cit.

⁴³ V. Cass. 28 gennaio 1988, TANARO, in CED n. 178817; SPIZUOCO, *Rilievi sulla confisca obbligatoria*, in *Giur. pen.*, 1971, II, p. 767. L'Autore che allarga l'area di estraneità include anche l'imputato assolto perché il fatto non sussiste, per non averlo commesso o perché il fatto non costituisce reato.

⁴⁴ Cfr. GRASSO, *Sub art. 240*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1994, VIII, p. 733.

⁴⁵ Cass. Pen., sez. I, 6 novembre 1995, AMADEI, in CED n. 202757 e 202756; Cass., sez. VI, 21 febbraio 1994, GENTILINI ed altri, in CED n. 198479.

⁴⁶ Corte Cost., 19 gennaio 1987, n. 2; v. anche Corte Cost., 10 gennaio 1987, n. 1, in *Dir. Pen. e Processo*, 1997, 7, 816 con nota di VENEZIANI, sulla quale si è consolidata la giurisprudenza di legittimità secondo cui non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi e utilità: *ex multis* Cass, sez. II, 14 dicembre 1992, TASSINARI, in CED n. 193422

⁴⁷ Cass., sez. un., 8 giugno 1999, n. 9 BACHEROTTI, in CED n. 21351.

⁴⁸ CASSANO, *La tutela dei diritti dei terzi nella legislazione antimafia*, in MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008.

⁴⁹ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 395.

⁵⁰ Corte Cost., 17 luglio 1974, n. 229, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0229s-74.html>.

⁵¹ Corte Cost., 10 gennaio 1997, n. 1.

In conclusione, il concetto di «estraneità» al reato va ricondotto all'assenza di ogni contributo attivo alla commissione del reato e all'assenza di ogni vantaggio ricavato dall'illecito salvo che, in quest'ultimo caso (ove cioè il terzo si sia comunque avvantaggiato del reato), si versi in una situazione di «buona fede», ovvero in un affidamento incolpevole. Appare, dunque, condivisibile l'affermazione della sentenza in commento secondo cui «il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 c.c. dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente che vanta un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare»⁵².

6. Segue: b) onere della prova ed onere di allegazione

La sentenza annotata affronta anche il tema dell'onere gravante sul terzo in ordine alla prova della buona fede nella acquisizione del diritto sul bene sot-

⁵² Come evidenziato dalle sez. un. 11170/15, cit. tale visione sarebbe stata normalizzata, perché «nel prevedere la confisca obbligatoria in materia di contraffazione di marchi o segni distintivi all'art. 474 bis cod. pen., introdotto dall'art. 15, comma 1, lett. c), legge 23 luglio 2009, n. 99, ha escluso la confisca delle cose appartenenti a terzi «quando questi dimostrino di non aver potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, delle cose o la loro illecita provenienza e di non essere incorsi in un difetto di vigilanza». Quanto al concetto di «appartenenza», si discute se questo sia riferito al solo diritto di «proprietà» o anche a diritti reali di godimento o di garanzia. Sul punto si riscontrano due orientamenti dottrinali: 1) accezione lata di appartenenza, comprensiva sia della proprietà che dei diritti reali di godimento o di garanzia (CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, p. 638 e ss.); accezione ristretta di appartenenza, limitata al solo diritto di proprietà sulla cosa, ma con la precisazione che lo Stato acquisterebbe la proprietà della *res* con stessi limiti dell'originario titolare, con conseguente obbligo di rispettare i diritti reali gravanti sul bene (ALESSANDRI, *voce Confisca in diritto penale*, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 42). La giurisprudenza ha accolto l'accezione lata del concetto di appartenenza (GATTA, *Codice penale*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, 2010). Le Sezioni Unite Bacherotti (Cfr. Cass, sez. un., 8 giugno 1999 n. 9 BACHEROTTI, cit.) hanno escluso che l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale possa determinare l'estinzione dell'altro diritto reale, derivando da ciò che detti diritti reali vanno considerati come una forma di appartenenza della cosa, cui inerisce il c.d. diritto di seguito (Cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 1994, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini, rv. 199174). La *ratio* è che «la presunzione di pericolosità che giustifica la confisca inerisce non alla cosa in sé, ma alla relazione in cui essa si trova con il criminale, sicché, qualora il diritto di quest'ultimo sia ridotto a compreso dai diritti che terzi possono vantare sulla cosa, per realizzare il fine specifico della misura di sicurezza è sufficiente privarla dei residui diritti che egli ha sul bene confiscato, senza necessita di sacrificare anche i diritti che sulla cosa hanno i terzi, la cui tutela, oltre che in un generale precetto dell'ordinamento giuridico, trova, dunque, una particolare giustificazione nella inutilità del sacrificio dei loro diritti per il perseguimento dei fini propri della confisca» (Cass, sez. Un., 8.06.1999 n. 9, BACHEROTTI, cit.).

toposto a sequestro o confisca. Al riguardo le Sezioni Unite prendono le distanze dalla giurisprudenza antecedente che poneva in capo all'*extraneus* l'onere di provare sia il diritto proprio che l'estraneità al reato, ovvero la scusabilità dell'ignoranza o del difetto di diligenza su cui riposa la possibilità di ritenere l'affidamento incolpevole⁵³. In particolare, per le Sezioni Unite Bacherotti «i terzi che vantino diritti reali hanno l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza e di estraneità del reato, dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello *ius in re aliena*, il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale *ex art* 321, comma 2, c.p.p. – anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ad una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza»⁵⁴.

In tale ottica la giurisprudenza successiva aveva evidenziato come l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto «fatti negativi», in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pure negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo⁵⁵.

⁵³ Per tale orientamento v. Cass., sez. I, 13.06.2001, n. 34019; Cass., sez. I, 17.10.2013, n. 68.

⁵⁴ Cass, sez. un., 8 giugno 1999, n. 9, BACHEROTTI, cit., indirizzo confermato dalle Sezioni semplici, v. tra le altre sez. I, n. 34019 del 13 giugno 2001, CARTÀ, rv 219753; sez. I, n. 68 del 17 ottobre 2013, FALCONE, rv 258394; sez. I, n. 45473 del 25 ottobre 2005, LIBURSKY, Rv 233358. In dottrina v. BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, p. 323. Si discuteva invece se la clausola di salvaguardia operasse solo quando i beni da sottoporre a confisca siano stati alienati o trasferiti (ALESSANDRI, *Note penali sulla responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen.*, 2002, p. 55), oppure anche in relazione agli altri diritti reali di godimento sul bene (BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 320).

⁵⁵ Così Cass., sez. Lav., 9 giugno 2008, INPS c. Foderspelt, in *CED* n.603643; Cass., sez. Lav., 13 dicembre 2004, Catelli c.INPS, n. 23229, in *CED* n.579253.

Tuttavia l'inversione dell'onere della prova in capo al terzo non trova fondamento alcuno nella disciplina del processo penale che, peraltro, demanda al giudice l'accertamento dei fatti, ivi compresi quelli che attengono all'applicazione della sanzione, quale deve ritenersi la confisca prevista dall'art. 19 d.lgs. 231 del 2001 (sul punto v. *ante*). Pertanto appare maggiormente coerente con l'intero sistema richiedere al terzo l'adempimento di un *mero onere di allegazione*: al terzo è richiesto un "... in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato"⁵⁶: in altri termini, il terzo interessato dovrà far emergere la regolarità del titolo di acquisto e la buona fede che soggettivamente lo caratterizza.

7. La procedura fallimentare ed il riconoscimento del diritto dei terzi in buona fede. La carenza di legittimazione del curatore fallimentare

La sentenza in commento è innovativa non tanto nella definizione di terzo in buona fede, ma nell'individuazione del momento in cui, nel caso di apertura della procedura fallimentare, i creditori insinuati al passivo possono considerarsi beneficiari della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 19 d.lgs. 231 del 2001.

Secondo le Sezioni Unite, il diritto *sorterà solo alla chiusura della procedura fallimentare*. Ed infatti, coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono di per sé essere ritenuti titolari di un diritto reale sul bene *ex art. 19 d.lgs. 231/01*. Solo alla fine della procedura fallimentare, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare. Per contro, prima di tale momento, il creditore vanta semplicemente una pretesa, ma non la titolarità di un diritto reale su un bene.

L'interpretazione prospettata risulta essere l'unica costituzionalmente legittima, poiché, diversamente opinando, si finirebbe per ancorare la salvaguardia dei diritti dei terzi ad un dato incerto e casuale. L'art. 19 d.lgs. 231 del 2001, inoltre, non pone "alcun limite temporale" alla prova della acquisizione del diritto del terzo. In altre parole, "non è vero che la titolarità del diritto del terzo debba essere riconosciuta prima che venga disposta la confisca; può accadere che al terzo venga riconosciuta l'acquisizione in buona fede del diritto dopo che sia disposta la confisca". La Corte, quindi, nel solco della giurisprudenza di legittimità consolidata, individua la sede ove il terzo potrà far valere i suoi diritti: l'art. 19, infatti, demanda al

giudice penale – e non al giudice delegato al fallimento – l'onere di salvaguardare i diritti dei terzi in buona fede. In altre parole, sarà il giudice della cognizione penale che, prima di disporre il sequestro e/o la confisca, dovrà valutare se la titolarità del bene sia stata acquisita dal terzo in buona fede o, in caso sentenza definitiva di condanna dell'ente e di confisca, il giudice dell'esecuzione *ex artt. 665 e ss. c.p.p.*, che è chiamato a risolvere, su istanza delle parti, tutte le questioni che attengono alla esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali definitivi (*amplius cfr. supra*, sub §3).

Sotto altro profilo, poi, la Corte sottolinea, con argomentazione affatto condivisibile, l'impossibilità di ricorrere all'applicazione analogica della normativa vigente nell'ambito del procedimento di prevenzione che prevede la competenza del giudice fallimentare, stante l'assenza dei presupposti che legittimano il ricorso all'analogia *legis*, sia per le diverse finalità e modalità applicative dei due istituti – il procedimento di prevenzione ha carattere di specialità⁵⁷ –, sia per la completezza della disciplina, che non consente di ravvisare "...una vera e propria lacuna normativa colmabile attraverso l'interpretazione analogica in materia di sequestro/confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001* e rapporti di tale istituto con la procedura fallimentare"⁵⁸.

Sulla base di tale ricostruzione la decisione in commento perviene all'ulteriore affermazione della carenza di legittimazione del curatore fallimentare nell'ambito del procedimento applicativo di sequestro e confisca *ex art. 19 d.lgs. 231/2001*. Invero le Sezioni Unite Focarelli avevano già stabilito come "il curatore fallimentare non sarebbe legittimato a proporre l'impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. n. 231 del 2001 per mancanza di interesse"⁵⁹. Il curatore è certamente terzo rispetto al procedimento sequestro/confisca dei beni già appartenuti alla società fallita, tuttavia non può agire in rappresentanza dei creditori per opporsi al sequestro e alla confisca⁶⁰. Infatti

⁵⁷ V. Cass., sez. II, 12 febbraio 2014, n. 10471 Italfondionario s.p.a., rv 259348.

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 11170/15, cit.

⁵⁹ Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, FOCARELLI, cit.

⁶⁰ Contra Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 48804, Cur. Fall. Infrastrutture e servizi, Rv 2577553, in CED Cassazione 2013: "Il curatore fallimentare è legittimato, quale terzo in buona fede, a proporre istanza di revoca del sequestro preventivo disposto, *ex art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001*, ai fini di confisca in misura equivalente al profitto derivante dal reato, nei confronti di una società fallita, nella cui disponibilità siano confluiti i proventi di un'attività criminosa, considerato che il curatore non fa uso dei beni illeciti esistenti nell'attivo fallimentare ma è viceversa incaricato dell'amministrazione di detto attivo e dei beni che ne fanno parte nell'esclusivo interesse dei creditori ammessi alla procedura concorsuale, i quali, d'altro canto, in virtù di detta ammissione, sono portatori di diritti alla conservazione dell'attivo, nella pro-

⁵⁶ Così Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, cit.

ti, come evidenziato da Cass., sez. un., Focarelli, si tratta di “un soggetto gravato da un munus pubblico, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi propri della procedura fallimentare”⁶¹. In tale prospettiva, svolgendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori⁶², non può essergli riconosciuto alcun diritto sui beni, né può agire in rappresentanza dei creditori, che – come affermato dalla Corte – prima della conclusione della procedura fallimentare non sono titolari di alcun diritto sui beni. Tale affermazione discende anche dalla constatazione che il fallimento non priva il fallito della proprietà dei beni esistenti alla data della relativa dichiarazione⁶³, determinando unicamente il trasferimento in capo alla curatela dell’amministrazione e della disponibilità dei beni stessi.

Ne consegue che, tra i soggetti legittimati ad impugnare il sequestro non può essere ricompreso il curatore fallimentare al quale – per le condivisibili ragioni sistematiche compiutamente enunciate dalla Corte – non può essere riconosciuto alcun interesse concreto giuridicamente tutelabile ad opporsi ai provvedimenti di sequestro e confisca, perché “la massa fallimentare, la cui integrità il curatore è tenuto a garantire, non subisce alcun pregiudizio da tali provvedimenti,

in quanto lo Stato, potrà far valere il suo diritto sui beni sottoposti a vincolo fallimentare, salvaguardando i diritti riconosciuti ai creditori soltanto a conclusione della procedura”⁶⁴.

spectiva della migliore soddisfazione dei loro crediti, che – pur convivendo fino alla vendita fallimentare con quelli di proprietà del fallito e con il vincolo destinato alla realizzazione della “par condicio creditorum” – trovano riconoscimento e tutela, nel corso della procedura, attraverso l’azione del curatore”.

⁶¹ Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, FOCARELLI, cit.; Cass. sez. I, 11 aprile 2002, n. 13947, in *Riv. pen.*, 2002, p. 566 e in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 213, con nota di VOLPE. Ai creditori ammessi al passivo fallimentare non resterebbe che agire, sussistendo i presupposti di legge, singolarmente.

⁶² Cass. pen. sez. V, 20 marzo 2000, n. 1926, Vasaturo, rv. 216540. Critica la dottrina v. sul punto BORSARI, *Responsabilità da reato degli enti e fallimento*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 10, p. 1225: “la curatela fallimentare quale organo di giustizia, si troverebbe in posizione di terzietà tanto rispetto al fallito quanto rispetto ai creditori”.

⁶³ Lo «spossessamento» ex art. 42, comma 10, l.fall. è fenomeno al quale si riconnettono svariate e «diverse interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali». E ciò, in ragione dell’ambiguità del sintagma in questione, suscettibile di essere interpretato in una duplice accezione, ovvero, sia come «eliminazione di ogni possibile disponibilità dei beni in capo al fallito», con conseguente annullamento dello stesso presupposto di ammissibilità oggettiva del sequestro, sia come «semplice assoggettamento dei beni alla procedura esecutiva», con conseguente esclusione della natura ostativa del fallimento rispetto al sequestro e alla confisca. Cfr. LARUSSA, *Rapporti tra le procedure concorsuali e la confisca ordinaria e di prevenzione*, in BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale*, Torino, 2011, 1246, secondo cui, così pronunciandosi, le Sezioni Unite hanno ripudiato la valenza risolutiva dello spossessamento come criterio guida per la risoluzione del contrasto tra procedura penale e fallimentare. Cfr. SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d’impresa*, in BARGI-CISTERNA (a cura di), *cit.*, p. 870.

⁶⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un. 11170/15, cit.

Rassegna di legittimità

Comunione e condominio – Assemblea dei condomini negli edifici – Processo verbale

Così come la mancata indicazione del totale dei partecipanti all'assemblea non incide sulla validità del verbale se a tale ricognizione e rilevazione non abbia proceduto l'assemblea, atteso che il riscontro è comunque possibile, analogamente la attestazione del risultato di una deliberazione che non trovi riscontro nella indicazione dei condomini presenti non dà luogo all'invalidità della deliberazione se dal verbale è possibile desumere l'esatta partecipazione all'assemblea, dovendosi computare i voti erroneamente indicati alla luce dei millesimi presenti.

Cass. civ., sez. II, 31 marzo 2015, n. 6552

Pres. Bucciante, Est. Petitti

Comunione e condominio – Cose e servizi comuni di edifici – Scale, pianerottoli, passaggi pensili

La presunzione legale di comproprietà dei beni indicati nell'articolo 1117 c.c. può essere superata solo da un regolamento contrattuale ovvero da una delibera condominiale assunta all'unanimità dei condomini. Il regolamento può riservare la proprietà esclusiva delle scale a favore di alcuni condomini.

Cass. civ., sez. II, 20 marzo 2015, n. 5657

Pres. Triola, Est. Falaschi

Contratto preliminare – Preliminare di preliminare – Ammissibilità – Condizioni – Interesse delle parti alla formazione progressiva del contratto – Contenuti – Violazione dell'accordo – Responsabilità – Natura

Le Sezioni Unite Civili, a composizione di contrasto, hanno ritenuto valida e produttiva di effetti la stipulazione di contratto preliminare di preliminare (nella specie, relativa ad una compravendita immobiliare), ossia di un accordo che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento), se sia configurabile un interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto fondata su una differenziazione di contenuti negoziali. La violazione di tale accordo costituisce fonte di responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto.

Cass. civ., sez. un., 06 marzo 2015, n. 4628

Pres. Rovelli, Est. D'Ascola

Divorzio – Figli (provvedimenti relativi ai) – Affidamento

Le decisioni riguardanti i figli minori, compresa la scelta della residenza, devono tenere in considerazione esclusivamente gli interessi dei minori, anche nel caso in cui questo coincida con la scelta di un genitore che non abbia rispettato il metodo dell'accordo in tema di indirizzo della vita familiare fissato dall'art. 144 c.c. e violi le prescrizioni del Tribunale. Fatto salvo, in ogni caso, un possibile ammonimento del genitore inadempiente (fattispecie in cui, nonostante l'accordo di separazione prevedesse che il figlio dovesse essere collocato presso la madre residente a Milano, non era stata accolta la richiesta di ritrasferimento avanzata dal padre allorché la donna si era spostata con il minore a Roma, dove il ragazzo si era integrato nella nuova realtà).

Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6132

Pres. Forte, Est. Lamorgese

Fallimento – Dichiarazione di fallimento – In genere

L'art. 1, comma 2, r.d. n. 267 del 1942, nel testo modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007, aderendo al principio di "prossimità della prova", pone a carico del debitore l'onere di provare di essere esente dal fallimento, gravandolo della dimostrazione del non superamento congiunto dei parametri dimensionali ivi prescritti, ed escludendo quindi la possibilità di ricorrere al criterio sancito nella norma sostanziale contenuta nell'art. 2083 c.c., il cui richiamo da parte dell'art. 2221 c.c. (che consacra l'immanenza dello statuto dell'imprenditore commerciale al sistema dell'insolvenza, salve le esenzioni ivi previste), non spiega alcuna rilevanza; il regime concorsuale riformato ha infatti tratteggiato la figura dell'«imprenditore fallibile» affidandola in via esclusiva a parametri soggettivi di tipo quantitativo, i quali prescindono del tutto da quello, canonizzato nel regime civilistico, della prevalenza del lavoro personale rispetto all'organizzazione aziendale fondata sul capitale e sull'altrui lavoro.

Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2015, n. 5685

Pres. Rovelli, Est. Ragonesi

Fallimento – Dichiarazione di fallimento – Effetti

L'inefficacia per i creditori, ex art. 44, comma 2, r.d. n. 267 del 1942, dei pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento a titolo di stipendi, pensioni, salari ed altri emolumenti di cui all'art. 46, comma 1, n. 2 r.d. n. 267 del 1942, riguarda solo gli importi eccedenti i limiti di quanto necessario al mantenimento suo e della sua famiglia: se il giudice delegato non ha fissato tali limiti, per poter agire al fine di far accertare l'inefficacia dei pagamenti rispetto ai creditori il curatore ha l'onere di richiedere preventivamente al giudice la pronuncia del decreto ex art. 46, comma 2, r.d. n. 267 del 1942.

Cass. civ., sez. I, 08 aprile 2015, n. 6999

Pres. Ceccherini, Est. Nazzicone

Fallimento – Rapporti pendenti (effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti)

La facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto non compiutamente eseguito, secondo quanto previsto dall'art. 72 r.d. n. 267 del 1942, presuppone che il contratto medesimo sia ancora pendente alla data di dichiarazione del fallimento (nella specie, accertato che il promissario venditore aveva esercitato il proprio diritto di recesso, ai sensi dell'art. 1385, comma 2, c.c., prima della dichiarazione di fallimento della promissaria acquirente, il curatore non poteva agire per ottenere la restituzione della somma trattenuta a titolo di caparra, in quanto alla data del fallimento il preliminare dedotto in giudizio non poteva ritenersi ancora pendente).

Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2015, n. 5523

Pres. Ceccherini, Est. Cristiano

Fallimento e procedure concorsuali – Concordato preventivo – Effetti – Esecuzione del concordato – Ipoteca rilasciata dal socio illimitatamente responsabile per un debito sociale

Le Sezioni Unite, a composizione di contrasto (e a risoluzione di questione di massima di particolare importanza), hanno ritenuto che il socio illimitatamente responsabile di società di persone che abbia concesso ipoteca per un debito della società risponde integralmente dell'obbligazione assunta, anche a seguito dell'omologazione del concordato preventivo della società, nei limiti del valore del bene su cui insiste l'ipoteca, indipendentemente dall'applicazione dall'art. 184 legge fall. (decisione avente effetti limitati al concordato preventivo disciplinato dalle norme della legge fallimentare anteriori alla riforma).

Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2015, n. 3022

Pres. Rovelli, Est. Ragonesi

Giustizia amministrativa – Notificazioni e comunicazioni – Persona irreperibile – Ingunzione in materia civile (procedimento per) – Opposizione – Termini

La notifica ex art. 140 c.p.c. del decreto che ingiunge il pagamento di compensi professionali deve considerarsi perfezionata, per il destinatario, decorsi 10 giorni dall'inizio della raccomandata c.d. informativa da parte del notificante, se il primo tentativo di notifica non sia andato a buon fine. Il termine di 40 giorni per la proposizione dell'opposizione al medesimo decreto non decorre dunque dalla data di spedizione della raccomandata informativa, bensì dalla presunta conoscenza della stessa da parte del destinatario, individuata nel decimo giorno successivo.

Cass. civ., sez. II, 25 marzo 2015, n. 5999

Pres. Oddo, Est. Migliucci

Impresa e imprenditore – Impresa familiare

La partecipazione agli utili per la collaborazione prestata nell'impresa familiare, ai sensi dell'art. 230-bis c.c., deve essere determinata sulla base sia degli utili non ripartiti al momento della sua cessazione o di quella del singolo partecipante, sia dell'accrescimento, a tale data, della produttività dell'impresa ed è, quindi, condizionata dai risultati raggiunti dall'azienda, considerato che gli stessi utili non sono naturalmente destinati ad essere ripartiti tra i partecipanti, ma al reimpiego nell'azienda o in acquisti di beni.

Cass. civ., sez. lav., 08 aprile 2015, n. 7007

Pres. Macioce, Est. Buffa

Intermediari finanziari (promotori finanziari) – Violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente

L'assenza delle informazioni provenienti dal cliente, ai sensi dell'art. 28 Reg. Consob, non legittima alcun automatismo nella valutazione dell'operazione richiesta così come non è sufficiente una mera dicitura di "operazione non adeguata", senza una motivazione specifica delle ragioni che sconsigliano l'investimento, cui deve seguire la richiesta scritta del cliente di dare ugualmente corso all'operazione (riconosciuto, nella specie, il risarcimento in favore di un investitore che aveva acquistato titoli argentini, atteso che la banca convenuta non aveva adempiuto all'obbligo della "profilatura" del cliente, prima di fargli acquistare le obbligazioni, mancando la prova che l'intermediario avesse raccolto e valutato le informazioni necessarie a ricostruire il profilo di rischio dell'investitore; non poteva considerarsi soddisfatto tale obbligo solo perché nel contratto la casella relativa al diniego di informazioni da parte dell'investitore recava il contrassegno, in quanto il documento era stato stipulato quattro anni prima degli investimenti, era dunque privo della necessaria attualità).

Cass. civ., sez. I, 30 marzo 2015, n. 6376

Pres. Forte, Est. Dogliotti

Lavoro subordinato (rapporto di) – Premio di operosità e fedeltà

Con riferimento al premio di fedeltà previsto dal contratto collettivo della Fiat S.p.A., in favore dei lavoratori che abbiano maturato un'anzianità di ventinove anni sei mesi ed un giorno e siano cessati dal rapporto di lavoro per dimissioni volontarie, la mera maturazione dell'anzianità del lavoratore è condizione necessaria - ma non sufficiente - per la maturazione del diritto al premio, perché il perfezionamento della fattispecie resta condizionato dalle modalità di risoluzione del rapporto, avendo le parti sociali inteso attribuire il premio solo in presenza di date modalità di risoluzione del rapporto, escludendolo negli altri casi. Ne consegue, che, nel caso in cui il rapporto di lavoro del dipendente sia ceduto per effetto di cessione del ramo di azienda cui lo stesso era addetto, ed il contratto collettivo applicabile al cessionario non preveda il premio di fedeltà, deve escludersi che tale premio spetti in favore del lavoratore che pure avesse al tempo della cessione l'anzianità richiesta, non essendosi perfezionata all'epoca la fattispecie, che ne prevedeva la maturazione solo in caso di dimissioni del lavoratore.

Cass. civ., sez. lav., 07 aprile 2015, n. 6943
Pres. Macioce, Est. Buffa

Locazione di cose – Recesso del conduttore – In genere

Quando il recesso dal contratto ha come scopo quello di rimediare ad un vizio sopravvenuto del sinallagma contrattuale, il recesso ha effetto immediato e provoca lo scioglimento del contratto alla scadenza del semestre di legge al pari della scadenza del termine essenziale, dell'avverarsi della clausola risolutiva espressa o dell'inutile spirare del termine fissato con la diffida ad adempiere (fattispecie relativa all'eccezione sollevata dall'Agenzia delle Entrate, conduttrice di alcuni immobili, la quale facendo leva su alcune norme di bilancio, era stata costretta ad una contrazione delle spese, nonché ad una riduzione del numero degli immobili condotti in locazione).

Cass. civ., sez. III, 03 aprile 2015, n. 6820
Pres. Travaglino, Est. Rossetti

Luci e vedute – Servitù di veduta

Il muro divisorio tra due immobili non può dar luogo all'esercizio di una servitù di veduta, sia perché ha solo la funzione di demarcazione del confine e di tutela del fondo, sia perché, anche quando consente di inspicere e prospicere sul fondo altrui, è inidoneo a costituire una situazione di soggezione di un fondo all'altro, a causa della reciproca possibilità di affaccio da entrambi i fondi confinanti.

Cass. civ., sez. II, 07 aprile 2015, n. 6927
Pres. Piccialli, Est. Nuzzo

Leasing (locazione finanziaria) – In genere

In tema di furto di autovettura in leasing, la clausola contrattuale che pone a carico dell'utilizzatore il rischio per la perdita del bene oggetto del contratto non ha carattere vessatorio, poiché si limita a regolare la responsabilità per la perdita del bene in conformità della disciplina legale desumibile, in via analogica, dall'art. 1523 c.c. sulla vendita a rate con riserva della proprietà.

Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2015, n. 6452
Pres. Salmè, Est. Stalla

Prescrizione e decadenza in materia civile – Prescrizioni brevi – Risarcimento del danno

In tema di infiltrazioni in appartamento sito in condominio e quindi di responsabilità extracontrattuale, l'inosservanza del termine per la produzione delle prove documentali rende inammissibile la produzione, in sede di gravame, di documenti, quindi qualificabili, nuovi: così, tali atti, anche se interruttivi della prescrizione del diritto, non sono utilizzabili se prodotti soltanto in secondo grado. È, quindi, legittima, e va confermata, la sentenza di merito con cui, accertati la produzione (in appello) della relazione asseverata di accertamento tecnico preventivo e del precedente atto di citazione nonché la mancata deduzione della non imputabilità dell'omissione della previa produzione, venga negato il risarcimento del danno da infiltrazioni.

Cass. civ., sez. II, 26 marzo 2015, n. 6177
Pres. Est. Bursese

Prova testimoniale civile – In genere

Ove sia accertato che le dazioni in denaro effettuate dal de cuius mentre era ancora in vita a favore di uno degli eredi, con lesione dell'asse ereditario, non erano configurabili come meri alimenti, ma costituivano vere e proprie donazioni, non assume rilevanza la comprovabilità per testi di un contratto di donazione non stipulato tra le parti processuali, ma tra erede e de cuius.

Cass. civ., sez. II, 01 aprile 2015, n. 6636
Pres. Mazzacane, Est. Oricchio

Rassegna di merito

Ammissione al passivo dei crediti per compensi professionali: non è richiesto alcun requisito di forma scritta

Il mandato professionale può essere conferito anche in forma orale, sempreché la relativa prova risulti, quantomeno in via presuntiva, da idonei indizi plurimi, precisi e concordanti.

Poiché il curatore è terzo estraneo ai fatti costitutivi del diritto azionato e quindi non è possibile deferire allo stesso giuramento de scientia, il curatore non legittimato ad eccepire una prescrizione presuntiva relativamente ad un preteso credito vantato nei confronti del fallito.

Trib. Napoli, sez. fall., 04 febbraio 2015

Giud. A. Del Franco

Azione di mero accertamento – Ammissibilità

Le azioni di mero accertamento in cui l'accertamento stesso, anziché avere un valore pregiudiziale come in tutte le altre azioni di cognizione, esaurisce lo scopo del processo possono avere ad oggetto, al pari di ogni altra forma di tutela giurisdizionale contenziosa, soltanto i diritti e non anche i fatti, salve eccezioni espressamente previste dalla legge.

L'azione di mero accertamento può avere ad oggetto soltanto i diritti e non anche i fatti, pur giuridicamente rilevanti, ma che costituiscono elementi frazionistici della fattispecie costitutiva del diritto.

Trib. Genova, 25 marzo 2015

Giud. R. Silvestri

Centrale Rischi: la contestazione della segnalazione va sollevata innanzi al giudice nel cui luogo ha sede la banca

Nell'ipotesi in cui una società agisca in giudizio lamentando l'illegittima segnalazione del proprio nominativo alla Centrale Rischi, la competenza del Giudice dovrà essere individuata ai sensi dell'art. 152, comma 2, d.lgs. 196/2003, che attribuisce la competenza territoriale al giudice del luogo ove risiede il "titolare del trattamento".

Competente, dunque, in via esclusiva ed inderogabile, sarà il Tribunale nella cui circoscrizione ha sede la Banca che ha operato la segnalazione. L'esclusione del foro del consumatore opera anche nel caso in cui la tutela dei dati

personali venga invocata nell'ambito di un rapporto di consumo.

Trib. Avellino, 26 gennaio 2015

Giud. M. C. Rizzi

Concordato preventivo: inammissibile la rinuncia con richiesta di termine per presentare nuova domanda

È inammissibile la rinuncia alla domanda di concordato con richiesta di nuovo termine per la presentazione di nuova domanda di concordato, concretandosi tale condotta in una mera ripresentazione della domanda di concordato "in bianco" con l'effetto di aggirare il meccanismo preclusivo dell'art. 16, comma 9, l. fall.

Anche nell'ambito degli strumenti di composizione della crisi aziendale, può ravvisarsi abuso del diritto ogni qualvolta gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano sviati dalla loro funzione tipica e cioè vengano utilizzati con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori.

Trib. Napoli Nord, 25 febbraio 2015

Pres. Caria, Rel. Di Giorgio

Contratto autonomo di garanzia: è tale se vi sono clausole contrattuali di pagamento "a prima richiesta"

La previsione contrattuale secondo cui il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro diritto accessorio consente una chiara qualificazione di autonomia del contratto sottoscritto dagli opposenti, con la conseguente impossibilità per gli stessi, di avvalersi delle eccezioni consentite al debitore principale.

Trib. Napoli, 02 febbraio 2015 n.1615

Giud. N. Mazzocca

Fallimento: il creditore può escutere il pegno anche in assenza di ammissione al passivo in via privilegiata

Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche

in caso di apertura di una procedura di liquidazione, di procedere alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito. Tale vendita diretta non richiede il controllo preventivo del Tribunale e prescinde pertanto dall'ammissione al passivo fallimentare con privilegio del credito garantito.

Trib. Brescia, 27 gennaio 2015
Giud. A. Busato

Fallimento – Conto corrente – Azione ex art. 44 l. fall. – Inammissibilità cumulo prelievi e versamenti

In tema di inefficacia dei pagamenti eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento, la Banca è tenuta a restituire le sole somme ricevute (versamenti).

Non sussiste l'obbligo di restituzione per i pagamenti compiuti dalla banca su ordine del fallito e ciò vale per qualsiasi creditore che abbia ricevuto pagamenti da parte del fallito, secondo quanto dispone la L. Fall., art. 44, comma 2.

App. Napoli, 09 gennaio 2015, n.108
Pres. Rel. R. Lipani

Lite temeraria: sommare il tasso convenzionale con il moratorio ai fini dell'usura è un'operazione fantasmiosa

La condotta processuale che denota la volontà di creare un contenzioso seriale non fondato in materia bancaria merita di essere opportunamente sanzionata ex art. 96 c.p.c. adottando come sanzione la condanna al quintuplo delle spese di lite liquidate ai sensi del DM 55/2014.

La sentenza 350/2013 della Cassazione ha solo detto che il tasso di mora deve essere tenuto in conto ai fini della valutazione della usurarietà e ciò vuol dire che il Giudice deve verificare se, il tasso convenzionale e quello di mora singolarmente considerati, superino o meno il tasso soglia non potendosi accontentare di verificare il solo tasso convenzionale.

La sommatoria dei due tassi costituisce una fantasiosa deduzione che non trova alcun riscontro nella sentenza della Cassazione n. 350/2013 e sostenere il contrario è sintomo o di ignoranza inescusabile del dettato normativo e dell'evoluzione della giurisprudenza in subiecta materia che viene citata a sproposito o di dolo processuale nel tentativo di indurre in errore il giudicante sul fatto che una certa sentenza della Suprema Corte abbia detto una cosa che in realtà non ha mai detto.

Trib. Padova, 10 marzo 2015, n.739
Giud. G. Bertola

Mutui: il piano di ammortamento alla francese non comporta anatocismo

Non è concettualmente configurabile il fenomeno anatocistico con riferimento al mutuo con ammortamento c.d. alla francese, difettando – in sede genetica del negozio – il presupposto stesso dell'anatocismo, vale a dire la presenza di un interesse giuridicamente definibile come "scaduto" sul quale operare il calcolo dell'interesse composto ex art. 1283 c.c.

Domandare l'accertamento dell'anatocismo in un mutuo sul presupposto che il piano di ammortamento c.d. alla francese comporti un automatico effetto anatocistico comporta la temerarietà della domanda ex art. 96 cpc.

Trib. Verona, 24 marzo 2015, n.758
Giud. A. Mirenda

Revocatoria: il procedimento di cancellazione di ipoteca giudiziale va sospeso fino alla definizione della causa ex art. 2901 cc

Il procedimento per la cancellazione di ipoteca giudiziale va sospeso fino alla definizione della causa ex art. 2901 cc. Il creditore può iscrivere ipoteca sui beni costituiti in fondo patrimoniale ed avviare il relativo giudizio revocatorio.

Trib. Mantova, 10 febbraio 2015
Giud. A. Venturini

Revocatoria Ordinaria: è legittimamente esperibile soltanto contro i debitori dell'attore, per la quota di loro spettanza

L'azione di revocatoria ordinaria avente ad oggetto un bene in comunione – e quindi appartenente a più soggetti pro quota – è legittimamente esperibile soltanto per la quota spettante ai condebitori, mancando qualsiasi titolo per estendere l'inefficacia dell'atto dispositivo anche nei confronti degli altri soggetti, parti contrattuali dell'atto di vendita impugnato, che non sono debitori.

È inammissibile, per difetto di interesse ad agire, l'azione di revocatoria ordinaria di un atto di vendita unitaria esperita anche contro i comproprietari venditori non debitori dell'attore, non sussistendo litisconsorzio necessario in questo senso.

Ai fini dell'affermazione del proprio interesse ad agire l'attore deve formulare espressamente, anche in via subordinata, domanda di inefficacia delle singole cessioni dei diritti reali manifestando così il distinto interesse ad agire in relazione alle sole cessioni dei diritti e delle quote.

Trib. Napoli, sez. fall., 26 marzo 2015
Giud. A. Del Franco

Ricerca telematica dei beni da pignorare: il creditore ha accesso diretto alle banche dati pubbliche

In mancanza dei decreti ministeriali di cui all'art. 155-quater disp. att. cpc, attuativi dell'art. 492-bis c.p.c., il Giudice dell'Esecuzione (o il Giudice delegato), previa verifica della sussistenza di un titolo esecutivo, può autorizzare il creditore ad ottenere dai gestori delle banche dati pubbliche tutte le informazioni rilevanti ai fini della ricerca telematica dei beni da pignorare.

Il procedimento, in linea generale, è ricostruito come autorizzazione del Presidente del Tribunale, o Giudice delegato, al creditore, di ricercare con modalità telematiche i beni da pignorare, a mezzo dell'ufficiale Giudiziario. Tuttavia, attesa la inoperatività delle strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso diretto da parte dell'ufficiale Giudiziario alle banche dati, il creditore può ottenere direttamente dai gestori delle predette le informazioni ivi contenute.

La norma non richiede un previo tentativo di pignoramento.

Trib. Pavia, 25 febbraio 2015

Giud. A. Balba

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili

Sentenza del 6 marzo 2015, n. 4628 - Pres. Rovelli, Rel. D'Ascola

Contratto preliminare – Contratto cd. preliminare di preliminare – Causa in concreto – Sussistenza – Volontà delle parti alla formazione del negozio giuridico in tre livelli – Validità.

La Suprema Corte a sezioni unite, è stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità o meno, del cd. preliminare di preliminare, finalmente chiarendo che il contratto preliminare – con il quale le parti si obbligano alla stipula di un conseguente contratto ad effetti obbligatori – non necessariamente è affetto da nullità. Facendo leva sull'art. 1367 c.c., e sul principio generale di cui all'art. 1419 c.c., il giudice di legittimità ha aderito alla già elaborata tesi, meno restrittiva, secondo la quale la sanzione della nullità, infatti, non necessariamente inficia il contratto in parola, rispetto al quale sembra anche debba farsi valere l'ampia regola della conservazione. Più in particolare, è possibile ritenere che il cd. preliminare di preliminare non è valido o invalido aprioristicamente; piuttosto, l'interprete dovrà compiere un'indagine accurata, da svolgersi caso per caso. All'esito di tale indagine, dovrà ritenersi nullo, per mancanza dell'elemento causale, quel contratto ove le parti si siano impegnate a concludere un successivo contratto dal contenuto identico al primo; al contrario, il contratto perfezionato sarà valido (sussistendo la c.d. causa concreta) qualora le parti abbiano avuto un interesse specifico alla formazione del vincolo negoziale in tre livelli (primo preliminare – secondo preliminare – definitivo), anziché nei "canonici" due (preliminare – definitivo)¹.

¹ Nota redazionale a cura di YLENIA ZAIRA ALFANO, Avvocato e Dottoranda di ricerca presso Università degli Studi di Napoli Federico II.

Le sezioni unite civili della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4628 depositata in data 6 marzo 2015, hanno preso finalmente posizione su un tema senz'altro noto in materia di contratti e, segnatamente, in tema di contrattazione preliminare. Più in particolare, la Suprema Corte è stata chiamata a chiarire – alla luce delle precedenti e non univoche posizioni espresse dalle sezioni semplici – se sia valido, o meno, il cd. "preliminare di preliminare".

Si tratta, in estrema sintesi, di un contratto ad effetti obbligatori, perfezionando il quale le parti si impegnano non alla stipula del conseguente contratto definitivo, come di regola avviene, ma – piuttosto – alla conclusione di un ulteriore contratto preliminare. Come si riferiva poc'anzi, dottrina e giurisprudenza tradizionali non sono state capaci, finora, di raggiungere una univocità di posizioni sul punto, lasciando gli operatori nell'assoluta incertezza circa l'ammissibilità, o meno, della figura in esame. Le differenti teorie in materia sono comunque enucleabili, quantomeno, in due principali posizioni.

Un primo orientamento, invero, ha sostenuto la tesi dell'ammissibilità del "preliminare di preliminare", basandosi sull'idea – di genesi dottrinarica (PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991) – che la natura del contratto preliminare sia essenzialmente "neutra": conseguentemente, tale contratto sarebbe idoneo a contenere l'impegno a condividere qualsiasi tipo di contratto conseguente.

Un secondo orientamento maggiormente restrittivo (CANNIZZO, *Il contratto preliminare*, in *I contratti in generale*, vol. III, a cura di Cendon – Utet 2000) ha invece fatto leva, tradizionalmente, sull'elemento causale, trovando non poche difficoltà nell'ammettere un impegno contrattuale il cui oggetto, in buona sostanza, consiste nell'obbligo di concludere un secondo contratto, avente contenuto identico al primo. D'accordo con l'appena illustrata posizione dottrinale, la giurisprudenza di merito (App. Napoli, 1° ottobre 2003) ha ritenuto il *preliminare di preliminare* affetto da nullità, considerando lo stesso una mera puntazione, destinata a fissare – pur senza effetto vincolante – il contenuto del successivo negozio. La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha affermato che il preliminare di preliminare è nullo perché non sorretto, sul piano causale, da un interesse meritevole di tutela. L'interesse delle parti di obbligarsi (ora) a obbligarsi (in futuro) alla conclusione di un contratto definitivo veniva definito, in quella occasione, «una inconcludente superfetazione», osservando che «non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito» Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038).

Dunque, con l'ordinanza n. 5779 del 12 marzo 2014, la Corte di Cassazione, in sede di ricorso avverso la sentenza di secondo grado, ha rimesso la questione al Primo Presidente, ai fini di un intervento, più che mai auspicabile, delle Sezioni Unite, chiamate così a chiarire se sia valido, o meno, il (contratto) preliminare di (un contratto) preliminare.

Ebbene, l'ordinanza in commento, come si chiarirà a breve, ha posto nuovamente in discussione l'orientamento da ultimo riferito, osservando, piuttosto, che «il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell'obbligarsi ad obbligarsi, ma contiene anche l'obbligo di addivenire alla conclusione del definitivo». Tuttavia, prima di illustrare le considerazioni svolte dagli Ermellini in punto di diritto, è opportuno chiarire, brevemente, la fattispecie in punto di fatto.

In estrema sintesi, all'origine della vicenda giudiziale vi è la domanda promossa, ai sensi dell'art. 2932 c.c., da parte dei promittenti venditori di un immobile, sulla base di un accordo preparatorio alla stipula di un preliminare che, per questioni relative al mancato assenso della banca coinvolta nella compravendita *de qua*, non è stato poi stipulato. In primo e secondo grado tale domanda viene rigettata sul rilievo della nullità di tale pattuizione per mancanza di causa. Più in particolare, il contratto preliminare in parola – relativo alla vendita di una porzione di un fabbricato in Avellino – prevedeva la stipulazione di un "regolare preliminare di compravendita ove, entro un certo termine, il Banco di Napoli avesse dato il suo assenso alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) su tale porzione immobiliare". Promosso l'appello, finanche la Corte di Appello di Napoli aveva dichiarato la nullità

Cass. civ., sez. un., 06 marzo 2015, n. 4628
Pres. Rovelli Rel. D'Ascola.

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

1) Gli odierni ricorrenti agirono nel novembre 1996 proclamandosi promittenti venditori di una porzione di fabbricato sita in Avellino.

del contratto preliminare in questione; così, la parte venditrice ha impugnato la sentenza dinanzi al Giudice delle leggi, contestando l'esattezza dell'orientamento seguito dalla Corte territoriale partenopea ed asserendo, piuttosto, la piena validità ed efficacia del contratto in esame. La Cassazione, dal canto suo, ha accolto in qualche modo il rilievo. In prima battuta, la Suprema Corte ha riconosciuto il proprio tradizionale orientamento, chiarendo, infatti, che in precedenti occasioni essa ha "già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione". Tuttavia, al contempo, la Corte di Cassazione ha altresì precisato che "tale orientamento, nella sua assolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi".

Nella gran parte delle fattispecie concrete, la questione del preliminare del preliminare sorge dalla prassi, diffusa nell'operato delle agenzie immobiliari, di far sottoscrivere alle parti taluni moduli prestampati dal contenuto incerto, nei quali, sovente, si sovrappongono clausole divergenti, se non contraddittorie. L'atipicità della struttura contrattuale obbligatoria *de qua*, la disomogeneità dei contenuti delle succitate clausole e la confusione che si ingenera nelle parti con un simile meccanismo determina, come è facilmente intuibile, un problema di qualificazione della fattispecie contrattuale.

Questo problema qualificatorio emerge anche dall'ordinanza in parola, ove viene posta l'esigenza di verificare che il vincolo obbligatorio assunto dalle parti sia diretto non già alla conclusione di un successivo contratto preliminare, ma alla riproduzione del contratto preliminare già concluso dalle parti in una diversa forma (utile, può ipotizzarsi, alla sua trascrizione *ex art. 2645-bis c.c.*). Rispetto alla più volte menzionata ordinanza, il suggerimento di porre attenzione al momento della qualificazione è certamente opportuno. Meno opportuno appare, invece, il successivo riferimento alla fattibilità della trascrizione: sembra, infatti, che l'ordinanza cada in errore o, almeno, in confusione, tra l'ipotesi del preliminare del preliminare e quella di un normale preliminare destinato a essere riprodotto in una diversa forma; non si comprende, infatti, se l'ordinanza intenda solo affermare la validità del secondo, ovvero porre in dubbio anche la nullità del primo.

Quanto alla sentenza in commento, sembra che comunque essa possa distinguersi per taluni pregi. In primo luogo, essa si distingue per aver affrontato la questione non sulla base di mere petizioni di principio e prese di posizione sul punto, bensì facendo leva sul concetto di cd. causa concreta del contratto.

La questione rimessa agli Ermellini era la paradigmatica fattispecie della contrattazione immobiliare: a) proposta *standard* di acquisto (contenente, tra l'altro, l'impegno alla formalizzazione di ulteriore contratto preliminare di vendita) sottoscritta dal proponente; b) accettazione della suddetta proposta da parte del proprietario; c) mancato perfezionamento del contratto preliminare; d) azione per esecuzione in forma specifica da parte dell'avente diritto (nel caso di specie, gli asseriti promittenti venditori).

Dopo il duplice verdetto di merito statuito la nullità della fattispecie per difetto di causa nel caso *de quo*, gli Ermellini – scervi, come osservato, da sovrastrutture ideologiche e ben calati nella realtà pratica – hanno analizzato l'essenza della fattispecie e ne hanno affermato la tendenziale legittimità.

Dalla premessa, infatti, che il contratto preliminare – al pari di qualunque altro contratto – deve essere provvisto dell'elemento essenziale della causa, i Giudici del S.C. ne hanno tratto la conseguenza della produttività di effetti dell'"accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga

la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare".

Vero è che la già menzionata ordinanza interlocutoria, e la conseguente pronuncia che qui si commenta, hanno pure lasciato il fianco scoperto ad alcune critiche: è apparso infatti improprio, per certi aspetti, il riferimento al «principio generale di cui all'art. 1419 c.c.», cioè alla regola che circoscrive la nullità del contratto alla parte che ne è affetta. Quella del preliminare del preliminare non è (se lo è) una nullità parziale, poiché investe la causa del contratto. Sicché, sorge il dubbio che la Cassazione qui abbia inteso evocare il principio di conservazione del contratto, confondendo però i diversi piani in cui esso opera. Sembra, altresì, che la Cassazione abbia voluto indicare una soluzione nella possibilità – offerta sul piano dell'interpretazione del contratto dall'art. 1367 c.c. – di individuare nella fattispecie concreta non già il preliminare di un preliminare, ma un normale preliminare (destinato dunque a essere seguito dal definitivo, non da un ulteriore preliminare) che le parti si siano obbligate a riprodurre nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata con sottoscrizioni autenticate.

Nella sostanza, tuttavia, la Suprema Corte ha comunque posto un principio che si rivela, altresì, essere un criterio dirimente: il preliminare di preliminare non è valido o invalido aprioristicamente, ma piuttosto esso necessita di un'attività interpretativa da compiersi caso per caso. Il preliminare di preliminare sarà, dunque, nullo (per difetto di causa) allorquando le parti si siano impegnate a concludere un successivo contratto dal contenuto identico al primo; al contrario, il contratto in parola sarà valido (sussistendo la cd. causa concreta) qualora le parti abbiano avuto un interesse specifico alla formazione del vincolo negoziale in tre livelli (primo preliminare – secondo preliminare – definitivo) anziché in due (preliminare – definitivo).

La natura dell'interesse, o comunque le ragioni che siano poste alla base del medesimo, possono provenire dai più svariati ambiti della vita socio-economica. Con grande lucidità, lo si ribadisce, i giudici di legittimità hanno considerato come, "in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi", possa essere sovente opportuno "riservare il consenso vincolante... a verifiche che sono da valutare soggettivamente".

In conclusione, corre l'obbligo di osservare che, con la sentenza in esame, il Supremo Collegio ha avuto modo di precisare che preliminare sarà valido e produttivo di effettivi l'accordo, denominato come preliminare, con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora dalla struttura del contratto emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto medesimo, basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La conseguenza è che la violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà anche dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

Chiesero l'esecuzione in forma specifica dell'accordo preliminare concluso il 9 luglio 1996 con i promissari acquirenti, i coniugi Fr.Gi. e F.M.

I convenuti resistettero sostenendo che la scrittura privata del 9 luglio costituiva una semplice puntazione, priva di efficacia obbligatoria, insuscettibile di esecuzione *ex art.* 2932 c.c..

Il tribunale di Avellino rilevò che il contratto conteneva l'impegno a stipulare il contratto preliminare di compravendita, allorché il Banco di Napoli avesse dato assenso all'esclusione della porzione venduta dall'ipoteca gravante sul fabbricato.

Il tribunale ritenne che il contratto stipulato fosse da qualificare come "preliminare di preliminare" e che fosse nullo per difetto originario di causa.

Pertanto respinse la domanda.

Anche la Corte di appello di Napoli ha ritenuto che al contratto preliminare può riconoscersi funzione giuridicamente apprezzabile solo se è idoneo a produrre effetti diversi da quelli del contratto preparatorio; che nella specie il secondo preliminare previsto dalle parti avrebbe prodotto gli stessi effetti di impegnarsi a stipulare alle medesime condizioni e sul medesimo bene; che pertanto l'accordo del 1996 era nullo, per difetto di causa autonoma rispetto al contratto preliminare da stipulare.

Ha rigettato quindi la domanda di risoluzione e risarcimento danni, introdotta nel corso del giudizio di primo grado *ex art.* 1453 c.c., comma 2.

Avverso questa sentenza, i promittenti venditori signori M. - S. hanno proposto ricorso per cassazione con unico motivo.

Gli intimati inizialmente non hanno svolto attività difensiva.

In vista della pubblica udienza, F.M. si è costituita con "memoria difensiva" del difensore nominato con procura speciale notarile.

Con ordinanza interlocutoria 5779/14 del 12 marzo 2014 della seconda sezione civile, la causa è stata rimessa al primo Presidente, il quale la ha assegnata alle Sezioni Unite della Corte. Le parti costituite hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

2) Preliminarmente, con riferimento alla costituzione tardiva della intimata, va rilevato che la parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddirvi, deve farlo mediante controricorso contenente, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., (richiamato dall'art. 370 c.p.c., comma 2), l'esposizione delle ragioni atte a dimostrare l'infondatezza delle censure mosse alla sentenza impugnata dal ricorrente. In mancanza di tale atto, essa non può presentare memoria, ma solamente partecipare alla discussione orale (Cass. 6222/12; 1737/05).

3) Con unico complesso motivo di ricorso i promittenti venditori denunciano violazione e falsa appli-

cazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1351, 1362 ss., 1374, 2697 e 2932 c.c..

Invocano le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendosi alla corrente di pensiero accolta dai giudici di merito, ha riconosciuto "del tutto ammissibile e lecita la figura del preliminare di preliminare".

Sostengono che non può essere negato che sussista un interesse delle parti a creare un "impegno provvisorio", scindendo la contrattazione preparatoria del contratto definitivo di vendita dell'immobile in due fasi.

Affermano che la Corte di appello si è erroneamente allineata alle tesi che ritengono nullo per mancanza di causa il c.d. preliminare di preliminare, le quali ignorano il concreto svolgersi delle negoziazioni immobiliari e le esigenze della pratica.

Ricordano che il contratto per cui è causa, intitolato "dichiarazione preliminare d'obbligo" conteneva gli elementi essenziali del negozio e prevedeva la stipula di un "regolare preliminare di vendita", qualora il Banco di Napoli avesse dato assenso alla liberazione dall'ipoteca.

Parte ricorrente deduce che per "regolare preliminare" doveva intendersi "formale preliminare", espressione che assume oggi maggior significato in relazione alla possibilità di trascrivere i preliminari redatti "in base alla L. 28 febbraio 1997, n. 30".

Evidenzia la apprezzabilità dell'interesse che le parti avevano a conoscere, nel percorso negoziale di progressivo avvicinamento, le decisioni dell'istituto bancario che vantava l'ipoteca.

Il ricorso, che è concluso da congruo e concreto quesito, redatto *ex art.* 366-*bis* c.p.c., e completato da altra censura per contraddittorietà della motivazione, è fondato.

3) La Seconda Sezione ha ritenuto opportuno interpellare le Sezioni Unite, svolgendo le seguenti considerazioni:

"Il collegio non ignora che questa S.C. ha già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione (sent.

2 aprile 2009 n. 8038, seguita, senza ulteriori approfondimenti da Cass. 10 settembre 2009) (n. 19557).

Ritiene, tuttavia, che tale orientamento, nella sua assolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi.

In primo luogo, potrebbe dubitarsi della nullità del contratto preliminare il quale si limitasse a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto al verificarsi di determinate circostanze, come nel caso di

specie, in cui la stipulazione di un “regolare contratto preliminare” era subordinata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell’ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.

Ma quello che più conta è che il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell’obbligarsi ad obbligarsi, ma contiene – come nel caso di specie – anche l’obbligo ad addivenire alla conclusione del contratto definitivo.

Ora, appare difficile, in considerazione del principio generale di cui all’art. 1419 c.c., comma 1, ritenere che la nullità dell’obbligo di concludere un contratto preliminare riproduttivo di un contratto preliminare già perfetto possa travolgere anche l’obbligo, che si potrebbe definire finale, di concludere il contratto definitivo”.

3.1) La sentenza 8038/09, alla quale l’ordinanza di rimessione fa riferimento, aveva così argomentato: “L’art. 2932 c.c., instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti.

Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi... ad obbligarsi a ottenere quell’effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, ben potendo l’impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito.

Né sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l’intermediario che le ha messe in relazione, sicché non riguardano il tema in discussione; per il resto prospettano l’ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio formale, il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del prepreliminare, di cui si è ritenuta in sede di merito l’avvenuta realizzazione nella specie. Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell’accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse si trovasse, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della puntuazione, destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio”.

3.2) Il confronto tra i provvedimenti soprariportati costituisce già eloquente documentazione delle incertezze che da qualche decennio agitano la dottrina e la giurisprudenza in ordine all’ammissibilità del c.d. contratto preliminare di preliminare.

Si contrappongono infatti un orientamento che si può definire tradizionale, rispecchiato da Cass. 8038/09, che diffida (di “una certa diffidenza” discute per prima Pret. Bologna 9 aprile 1996, Giur. it., 1997,

I, 2, 539) della configurabilità di un momento contrattuale anteriore al preliminare e un orientamento più possibilista, che considera benevolmente le ipotesi di c.d. “preliminare aperto” e ritiene possibile una tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo.

Un’analisi più approfondita della esperienza giurisprudenziale e dell’evolversi del dibattito dottrinale può consentire di svelare contrasti solo apparenti, di riavvicinare le posizioni e di delineare senza schematismi i limiti in cui può espandersi l’autonomia privata.

3.3) In giurisprudenza viene affermato che:

“In tema di minuta o di puntuazione del contratto, qualora l’intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dall’art. 1362 c.c. e segg., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d’interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del nomen iuris e della lettera dell’atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre”. (Cass. 2720/09).

Stabilire se la formazione di un accordo che riguarda solo i punti essenziali del contratto di compravendita (Cass. 23949/08; 2473/13;

8810/03; 3856/83) sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932 c.c., è questione di fatto che può risultare di difficile discernimento.

Si rinvergono infatti non poche massime secondo le quali ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l’intesa su tutti gli elementi dell’accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l’intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. (Cass. 14267/06; 11371/10).

Questo secondo filone giunge ad affermare che anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell’attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto (910/05; 20701/07).

4) La questione rimessa oggi alla Corte non riguarda il rilievo della volontà nella conclusione del contratto e se essa sia la sola via per stabilire quando il prelimi-

nare venga definitivamente formato: è chiesto invece di indagare sulla dinamica degli accordi contrattuali in tema di compravendita immobiliare. È infatti evidente già da questa prima ricognizione quale sia l'incertezza del confine tra atto preparatorio e contratto preliminare, incertezza alimentata da una accentuata polarizzazione tra contratto preliminare (vincolante) da un lato e diniego di rilevanza negoziale, per difetto della causa, di accordi prodromici al preliminare, i quali al più vengono qualificati semplice "puntuazione". Occorre pertanto stabilire se e in quali limiti sia riconosciuto nell'ordinamento un accordo negoziale che rimandi o obblighi i contraenti a un contratto preliminare propriamente detto.

4.1) La problematica risulta affrontata più volte nella giurisprudenza di merito. Trib. Salerno 23 luglio 1948 (Dir. Giur., 1949, 101) ebbe ad affermare che la legge, nel fissare i due tipi fondamentali di contratti (preliminare e definitivo), esclude l'esistenza di un contratto preliminare relativo ad altro preliminare, il quale dovrebbe comunque rispettare il requisito di forma di cui all'art. 1351 c.c. Il tribunale di Napoli (23.11.1982 in Giustciv. 1983, 1, 283; 21.2.1985 n. 1480 Dir. Giur. 1985, 725) ha aggiunto che il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare di analogo contenuto è nullo per mancanza di causa, "difettando di ogni funzione economica meritevole di tutela". La trattatistica censisce vari altri casi (tra i quali:

App. Genova 21.2.2006, *Obbl e contr.*, 2006, 648; App. Napoli 1.10.2003, *Giur. mer.* 2004, 63) che riecheggiano queste convinzioni.

4.1.1) Altre volte la giurisprudenza partenopea si è orientata in senso opposto.

App. Napoli 11 ottobre 1967, (Dir. Giur. 1968, 550) ha ritenuto che "in virtù del principio dell'autonomia negoziale" sia ammissibile un regolamento contrattuale che preveda, dopo la prima intesa scritta, un'ulteriore scansione temporale, con la stipulazione del contratto preliminare, legata al versamento di una caparra. Trib. Napoli 28 febbraio 1995 (Dir. Giur. 1995, 163) muovendo dallo stesso presupposto ha considerato meritevole di tutela "il contratto preliminare del preliminare qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi".

In altri casi i giudici di merito hanno espressamente ritenuto di non avventurarsi nella analisi, poiché hanno ravvisato già nel primo contratto gli elementi sufficienti a qualificare come preliminare ex art. 1351 c.c., l'accordo documentato (Pret. Firenze 19. 12. 1989 *Giur. merito*, 1990, 466) ovvero, all'opposto, la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce il perfezionamento della fattispecie negoziale (Trib. Firenze 10 luglio 1999, *Nuovo dir.*, 2000, 487).

4.2) Queste oscillazioni mettono capo, come la giurisprudenza citata sub 3.3, al tema dell'identificazione del contratto preliminare e preannunciano il diffondersi di problematiche relative alla contrattazione in materia di vendita immobiliare, settore che ha segnato la fortuna del contratto preliminare nel nostro ordinamento.

Prima di esaminare le valutazioni dottrinali in questa materia è quindi opportuno stabilire che solo questo è il campo di indagine, restando esclusi - e da salvaguardare - altri istituti di confine.

Intorno al 1970, nel fissare le fondamenta concettuali del contratto preliminare, la dottrina ha avuto cura di distinguerli e di segnalare che il contratto preliminare non è "un recipiente di comodo" in cui inserire gli istituti dagli incerti confini.

Va pertanto esemplificativamente ricordato che: la figura dell'opzione di contratto preliminare, di origine dottrinale (ma v. Cass. 1071/67), è un'ipotesi di "possibile allargamento della sfera di applicazione del patto di opzione" (per la distinzione, cfr. Cass. 8564/12).

Il patto di prelazione ha lo scopo essenziale di impedire che il promittente concluda un contratto con un terzo anziché con il beneficiario del patto: non sembra quindi una figura diretta alla conclusione del contratto, come il preliminare, ma alla scelta del contraente, ancorché in giurisprudenza venga qualificato come preliminare unilaterale (Cass. 3127/12).

Anche il patto di contrarre con il terzo non può essere confuso con le ipotesi che ci occupano di pattuizione anteriore al preliminare, categoria al quale è estraneo, per il motivo determinante che non vi è ancora - con questo patto - una manifestazione di consenso intorno a un regolamento di interessi, ma una volontà manifestata a un soggetto diverso dal terzo con cui si dovrà in futuro contrarre.

4.3) Il vero insorgere della problematica è stato determinato dall'evoluzione della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionalmente gestita.

La complessità dei contatti, delle verifiche da effettuare, da un lato per saggiare la serietà dei proponenti, dall'altro per accertarsi della consistenza del bene e dell'affidabilità dei contraenti, hanno di fatto portato a una frequente tripartizione delle fasi contrattuali.

Una prima fase in cui, a volte con la formula, almeno dichiarata, della proposta irrevocabile, l'aspirante acquirente offre un certo corrispettivo per l'acquisto del bene, atto che viene riscontrato dalla accettazione o dal rifiuto del proprietario.

Una seconda, espressamente prevista, di stipula del contratto preliminare propriamente detto. La terza, costituita dall'indispensabile rogito notarile con il saldo del prezzo.

La pratica degli affari ci consegna una incalcolabile serie di varianti: inseguirle, è stato spiegato, sarebbe ozioso impegno di un giurista da tavolino.

Alla variabilità della modulistica dei mediatori si aggiunge infatti la inesauribile creatività dei contraenti, assistiti o meno da consulenti legali.

Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo.

Si vuoi dire che la "scissione", in alcuni casi, dimostra che le parti sono incerte e intendono meglio orientarsi, cosicché essa risponde all'esigenza di "fermare l'affare", ossia di dare vincoli giuridici all'operazione economica condivisa negli elementi essenziali, restando però, per una delle parti (di regola il compratore) l'esigenza di verificare con certezza la praticabilità dell'operazione, prima ancora che di definirla in termini più precisi e articolati.

Ciò può avvenire sovente sui seguenti punti: a) assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (es., se è imprenditore o comunque persona solvibile; escludere vicinanze "mafiose", etc.). Si tratta di elementi che non potrebbero, ove conosciuti come negativi, essere adottati a motivo di risoluzione di un contratto già concluso o forse neppure essere portati a conoscenza della controparte stessa, ragione per cui è necessario non dare carattere di assolutezza al vincolo.

b) verificare con precisione lo stato della cosa;

c) verificare la situazione urbanistica e svolgere le altre visure e ricerche necessarie.

5) Il ragionamento al quale si è rifatta Cass. 8038/09, e che nega la validità di un accordo ripetitivo, ha pregio se si ipotizza (come sembra sia stato comunque fatto anche in quel caso) che tra il primo e il secondo preliminare vi sia identità (bis in idem).

In tal caso, mancando un contenuto nuovo in grado di dar conto dell'interesse delle parti e dell'utilità del contratto, si è parlato di mancanza di causa. La parte di dottrina che è tendenzialmente contraria ad ammettere queste pattuizioni riconosce che nelle trattative complesse il contratto si può formare progressivamente, ma nega che si possa parlare di obbligo a contrarre, preferendo l'aspetto descrittivo dell'obbligazione di contrattare. Nega anche rilievo alla differenziazione basata sulla ricorribilità al rimedio di cui all'art. 2932 c.c., solo in relazione al secondo contratto.

Si pretende infatti che il rapporto tra i preliminari venga "valutato in termini di contenuto positivo e non già di sanzioni".

È già questa una significativa apertura, ancorché sia stata limitata a quelle fattispecie in cui le parti, impegnatesi in sede di primo accordo sui punti essenziali della futura compravendita, abbiano solo voluto rinviare la definizione di punti secondari.

5.1 Le Sezioni Unite della Corte intendono cogliere gli aspetti costruttivi di quel moderno orientamento

che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali.

Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta.

Una definizione di questa Corte (Cass. 10490/06) la qualifica come "scopo pratico del negozio... sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

Sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare.

L'indagine relativa alla causa concreta, – è stato evidenziato – giova sia come criterio d'interpretazione del contratto sia come criterio di qualificazione dello stesso: "La rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare".

Questa chiave di lettura conduce a riconsiderare gli approdi schematici ai quali sono pervenute in passato dottrina e giurisprudenza.

È singolare, ma non casuale, che il profilo causale del contratto sia stato inteso in dottrina e giurisprudenza come ricerca della utilità del contratto, cioè della sua "complessiva razionalità" ed idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale.

È questo in fondo che la stessa Cass. 8038/09 richiede allorché rileva che, in caso contrario, l'obbligo di obbligarsi ad ottenere un certo effetto è "una inconcludente superfetazione" priva di "senso pratico".

5.2 Le opinioni, pur partendo da prospettive diverse, coincidono dunque nel definire nulla l'intesa che si risolve in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia né possa avere contenuto ulteriore o differenziato. Un secondo punto di convergenza si rinviene allorché l'analisi del primo accordo conduce a ravvisare in esso i tratti del contratto preliminare, in quanto contenente gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali, si osserva, l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo. La presenza della previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante, ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale.

Giovano alcune esemplificazioni: a) Può darsi il caso che nell'accordo raggiunto sia stata semplicemente esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.: si tratta, è stato osservato, di una esclusione convenzionalmente ammessa. La conseguenza sarà che, pur ravvisandosi

un contratto “preliminare” in questa scrittura che ipotizzava un successivo accordo, si potrà far luogo, in caso di inadempimento, solo al risarcimento del danno.

b) Può presentarsi l'ipotesi in cui la pattuizione della doppia fase risponda all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso, facoltà che può essere convenzionalmente prevista nel contratto preliminare e che può anche accompagnarsi alla prevista perdita di una modesta caparra penitenziale versata dal proponente l'acquisto; si tratta è stato detto, del costo del recesso da un contratto preliminare già concluso.

c) È ipotizzabile, ed è quanto andrà vagliato con particolare attenzione dai giudici di merito nel giudizio odierno, che le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione.

Tutte queste ipotesi, e le altre che sono immaginabili, sono apparentate da una conclusione che può regolare buona parte della casistica: va escluso che sia nullo il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorché il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare. L'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di “preliminare di preliminare” potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto.

6) Dietro la stipulazione contenente la denominazione di “preliminare del preliminare” (nel senso che la conclusione dell'accordo precede la stipula del contratto preliminare) si possono dare situazioni fra loro differenti, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una “causa concreta” meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula di un contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

Certo è però, che, in linea di massima, la previsione di dover dar vita, in futuro, all'assunzione dell'obbligo contrattuale nascente dal contratto preliminare, può essere sintomatica del fatto che le parti hanno consapevolezza che la situazione non è matura per l'assunzione del vincolo contrattuale vero e proprio. Ciò può dipendere segnatamente in relazione al grado di conoscenza di tutti gli elementi di fatto che occorre aver presenti per manifestare la volontà il cui incontro da vita all'accordo vincolante consacrato nel contratto preliminare.

Posto, come si è detto prima, che non si può assegnare utilità al “bis in idem” in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti, se e quando le parti sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta sembra avere per oggetto non il contrarre, ma il contrattare.

6.1) Anche la dottrina più rigorosa riconosce che da gran tempo è stata discussa la formazione progressiva del contratto e sembra ammettere che essa potrebbe atteggiarsi configurando una tripartizione del procedimento di compravendita immobiliare.

Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente ex contractu.

È stato però osservato che si tratterebbe di ipotesi diversa da quella del preliminare di preliminare, che dovrebbe riguardare l'obbligo, assunto nella prima fase, di contrarre e non di contrattare, come invece avverrebbe quando siano state scandite solo tappe di una trattativa complessa.

Si è quindi manifestata contrarietà all'ipotesi di un “preliminare aperto” – sottoscritto per lo più da parti che ancora non si conoscono o hanno deliberatamente lasciato alla seconda fase la regolazione di alcuni profili contrattuali – seguito da un preliminare chiuso.

Questa ritrosia può essere giustificata in alcuni casi, ma non in tutti.

È stato in precedenza sottolineato che va dato peso alla difficoltà di configurare come preliminare propriamente detto un rapporto obbligatorio in cui le parti non si conoscano e non siano in grado quindi di valutare le qualità soggettive dell'altro contraente.

Rispetto a questa frequente ipotesi, non sembra corrispondere alle reali esigenze del traffico giuridico qualificare la prima intesa, che pur contenga gli altri elementi essenziali, come contratto preliminare.

Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali “minori”, ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante, sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente.

In altri casi il contraente resta libero da vincoli stringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberatamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui all'art. 2932 c.c.

Una più esauriente determinazione del contenuto contrattuale può essere prevista per meglio realizzare l'interesse delle parti. Se si dovesse invece ricorrere sempre all'opzione preliminare/definitivo si dovrebbero riempire i contenuti rimasti in sospeso con il meccanismo di cui all'art. 1374, integratore rispetto al primo accordo incompleto.

6.2) È stato autorevolmente sostenuto che se mancano violazioni di una legge imperativa, non v'è moti-

vo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali gradualmente, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, a una negoziazione consapevole e informata.

Le posizioni di coloro che pongono l'alternativa "preliminare o definitivo" amputano le forme dell'autonomia privata, sia quando vogliono rintracciare ad ogni costo il contratto preliminare in qualunque accordo iniziale, sia quando ravvisano nel c.d. preliminare chiuso il contratto definitivo, passibile soltanto di riproduzione notarile.

La procedimentalizzazione della fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a "un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale".

È vero che occorre guardarsi da un uso "poco sorvegliato" dell'espressione preliminare di preliminare", perché l'argomento nominalistico non è neutro. Tuttavia, se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due "sequenze" variabili che si avvicinano:

A) quella delle mere puntuazioni in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.

B) Quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una puntuazione vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti.

Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.

b1) Occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con l'ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia "bloccare l'affare", anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo.

Ciò che conta chiarire è che, all'interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, da luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della forma-

zione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

6.2.1) È evidente come questa linea interpretativa imponga di vagliare caso per caso l'emergere dell'interesse delle parti, di questa loro volontà di rinviare il momento in cui operano sia l'integrazione suppletiva *ex art. 1374 c.c.* sia la cogenza del meccanismo proprio del preliminare *ex art. 1351 e 2932 c.c.*

Nella compravendita immobiliare l'ausilio giunge dal formalismo che contraddistingue la materia, sì da potersi di volta in volta cogliere i profili oggettivi non solo di una trattativa e della successiva stipula di un preliminare, ma di una sequenza di atti caratterizzati da un contenuto differenziato e aventi portata contrattuale con le connesse conseguenze.

7) Alla luce di questi principi il ricorso è da accogliere.

I giudici di merito hanno infatti in primo luogo ommesso di valutare se il contratto in esame, sebbene prevedesse la stipula di un successivo contratto preliminare, avesse già le caratteristiche di un contratto preliminare completo, soltanto subordinato ad una condizione, cioè al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione parziale dell'ipoteca, ipotesi da loro stessi contemplata (pag. 7 sentenza) ma scartata a causa della previsione dell'impegno a sottoscrivere un futuro preliminare.

Hanno poi ommesso di interrogarsi sulla validità del primo contratto, in ipotesi munito di tutti gli elementi essenziali del preliminare, e sulla possibile invalidità, in questo contesto, del secondo accordo, se meramente riproduttivo del primo. In quest'ottica hanno rovesciato la prospettiva che le Sezioni unite ritengono giuridicamente corretta.

Hanno infine aderito all'orientamento che sanziona come nullo per difetto di causa un contratto che sia propedeutico al "successivo stipulando preliminare" senza verificare la sussistenza di una causa concreta dell'accordo dichiarato nullo tale da renderlo meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto inserito in una sequenza procedimentale differenziata, secondo un programma di interessi realizzato gradualmente.

Discende da quanto sposto l'accoglimento del ricorso.

La sentenza impugnata va cassata e la cognizione rimessa ad altra sezione della Corte di appello di Napoli per nuovo esame dell'appello e la liquidazione delle spese di questo giudizio.

Il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto:

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accor-

do, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex art. 1351 e 2932 c.c.*, ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva

del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

P.Q.M
(*Omissis*)

Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile

*Ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, 05 marzo 2015 n. 4447,**Pres. Berruti, Rel. Vincenti***Risarcimento danni – principio della *compensatio lucri cum damno* – orientamenti contrastanti – remissione alle Sezioni Unite**

Saranno le Sezioni Unite della Suprema Corte a sciogliere i dubbi sulla cumulabilità del risarcimento del danno con eventuali altre prestazioni indennitarie percepite dal danneggiato. Secondo un primo orientamento dal danno subito vanno detratte altre prestazioni erogate dall'assicurazione o da ente previdenziale. La tesi opposta nega invece la possibilità di compensare quando le attribuzioni dipendono da un titolo diverso dal fatto illecito e non hanno una funzione risarcitoria¹.

¹ Nota redazionale a cura di PIETRO SORRENTINO, Dottore Magistrale in Giurisprudenza.

L'ordinanza in commento riveste particolare interesse in quanto la Terza Sezione Civile della Suprema Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione, su cui v'è un profondo contrasto, riguardante la portata del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno* nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito e, specificamente, in relazione alla limitazione del diritto al risarcimento del danno della vittima, o dei suoi aventi causa, diritto in funzione del quale, l'assicuratore sociale o ente previdenziale che abbia pagato un indennizzo agli stessi, può eventualmente esercitare un'azione di surrogazione ad esso spettante nei confronti del responsabile civile. Per inquadrare in modo corretto la questione occorre innanzitutto precisare che, con la locuzione *compensatio lucri cum damno* ci si riferisce al principio per cui il giudice, in sede di quantificazione del risarcimento del danno dovuto dall'autore di un fatto illecito (contrattuale o extracontrattuale), deve tenere conto non solo del pregiudizio causato, ma anche degli eventuali vantaggi che si possono esser venuti a creare nel patrimonio e nella sfera giuridica del soggetto danneggiato. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi in cui, in seguito a lesioni riportate per fatto altrui, un soggetto riceva prestazioni di carattere indennitario da un Ente previdenziale che altrimenti non avrebbe ricevuto. Di fronte al vuoto legislativo al riguardo, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione esiste da molti anni un contrasto che scaturisce da una non uniforme concezione, e da una non uniforme applicazione, del predetto principio.

Secondo un primo orientamento, nella liquidazione del danno risarcibile non vanno prese in considerazione le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale o dall'ente di previdenza sia al danneggiato (nel caso di danno alla persona); sia ai suoi prossimi congiunti (nel caso di infortunio mortale). Questa conclusione viene motivata sul presupposto che il principio della *compensatio lucri cum damno*, in virtù del quale "il risarcimento non deve costituire fonte di lucro per il danneggiato", si può applicare solo quando danno e lucro scaturiscano ambedue in modo "immediato e diretto" dal fatto illecito. Ebbene, tal condizione tuttavia non si verificherebbe nel caso di percezione di emolumenti previdenziali o assicurativi da

parte della vittima o dei suoi prossimi congiunti, perché in tal caso mentre il risarcimento scaturisce dall'illecito, il diritto all'emolumento previdenziale od assicurativo sorge direttamente dalla legge (in tal senso Cass. civ. sez. III, sentenza n. 3357 del 11/02/2009; Cass. civ., sez. III, sentenza n. 18490 del 25/08/2006). A tale primo orientamento viene obiettato, dall'avversa corrente, che intendere la *compensatio lucri cum damno* come una vera e propria "compensazione" tra crediti e debiti significa necessariamente disapplicare, di fatto e nella totalità dei casi, l'istituto stesso. Difatti è assai raro, se non impossibile, che un fatto illecito possa provocare da sé solo – e cioè senza il concorso di nessun altro fattore umano o giuridico – sia una perdita, sia un guadagno, sicché la *compensatio lucri cum damno*, di "compensazione", non avrebbe che il nome. Essa non costituisce affatto una applicazione della regola di cui all'art. 1241 c.c., quanto piuttosto una regola per l'accertamento dell'esistenza e dell'entità del danno risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 c.c. Nell'applicarsi il principio della *compensatio lucri cum damno*, dunque, non bisogna chiedersi se si realizzi una "compensazione" tra danno ed ad esempio pensione di reversibilità, occorrerà piuttosto chiedersi se un danno esista e quale ne sia l'ammontare: è tale accertamento va compiuto alla stregua dell'art. 1223 c.c. "Lucro" e "danno", pertanto, non vanno concepiti come un credito ed un debito autonomi per genesi e contenuto, rispetto ai quali si debba indagare soltanto se sussista la medesimezza della fonte. Del c.d. "lucro" derivante dal fatto illecito occorre invece stabilire unicamente se costituisca o meno una conseguenza immediata e diretta del fatto illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Altra contestazione mossa al primo orientamento, che consente ad esempio il cumulo della pensione di reversibilità e del risarcimento del danno patrimoniale da morte del coniuge, è quella di erroneità dell'assioma su cui si fonda ovvero che la regola della *compensatio lucri cum damno* s'applica soltanto se il vantaggio e la perdita patrimoniali traggano origine dal fatto illecito. Ciò postulato in astratto, l'orientamento contestato nega che tale condizione ricorra nei casi come quello esaminato dalla Corte, perché solo il diritto al risarcimento sarebbe conseguenza del fatto illecito, mentre il diritto alla pensione di reversibilità avrebbe quale fonte una norma di legge. Il fatto illecito, rispetto a tale diritto, costituirebbe invece una mera occasione. Tuttavia negare che, ai fini della liquidazione del danno civile, l'uccisione d'una persona possa dirsi "causa" della percezione della pensione di reversibilità da parte del coniuge della vittima è affermazione incoerente sia col diritto della responsabilità civile, sia col criterio causale della *condicio sine qua non*. Altra contestazione mossa a tale orientamento è infine di tipo sistematico l'orientamento che nega la compensazione tra il danno ed i benefici percepiti dall'ente previdenziale o dall'assicuratore sociale, infatti, finisce per abrogare in via di fatto l'azione di surrogazione spettante (ex artt. 1203 e 1916 c.c., o in virtù delle singole norme previste dalla legislazione speciale) a quest'ultimo. È noto infatti che limite oggettivo della surrogazione è il danno effettivamente causato dal responsabile, il quale non può mai essere costretto, per effetto dell'azione di surrogazione, a pagare due volte il medesimo danno: una al danneggiato, l'altra al surrogante, principio oramai

pacifico e consolidato: *ex permultis*, Cass. civ., sez. III, sentenza n. 4642 del 27/04/1995). Pertanto, una volta che il responsabile del sinistro sia costretto a pagare l'intero risarcimento senza tener conto del beneficio previdenziale od assicurativo percepito dalla vittima per effetto dell'illecito, non potrebbe poi essere costretto dall'ente previdenziale od assicurativo a rifondergli le somme da questo pagate alla vittima in quanto si troverebbe a pagare due volte per lo stesso fatto.

Tutto quanto appena rilevato ha condotto ad una sempre maggior propensione, in seno alla Corte di Cassazione, di un diverso orientamento che diversamente nega la cumulabilità del risarcimento del danno con eventuali benefici assistenziali o previdenziali percepiti dai congiunti della persona defunta in conseguenza del fatto illecito. Tale orientamento si fonda su di un ragionamento di carattere logico deduttivo per cui, se il beneficio erogato dall'assicuratore sociale (o dall'ente previdenziale) ha lo scopo di attenuare il danno patrimoniale subito dai familiari della vittima, la liquidazione dell'indennizzo ha come evidente conseguenza la diminuzione in parte del danno subito da questi ultimi, ergo, non tanto di *compensatio lucri cum damno* si dovrebbe parlare in casi simili, quanto di inesistenza stessa del danno patrimoniale, per la parte elisa dal beneficio assicurativo (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 5964 del 16/11/1979; Cass. civ., sez. III, sentenza n. 3806 del 15/04/1998). Principio identico, ma con motivazione parzialmente diversa, è stato affermato dall'Ermellini sia nelle ipotesi di danni alla salute patiti a causa di infezione contratta in seguito ad emotrasi con sangue infetto, anche in tale ipotesi si è ripetutamente negata la possibilità per la vittima di cumulare il risarcimento del danno con l'indennizzo corrisposto al danneggiato ai sensi della L. 25 febbraio 1992, n. 210, art. 1, «Il diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasi con sangue infetto ha natura diversa rispetto all'attribuzione indennitaria regolata dalla legge n. 210 del 1992; tuttavia, nel giudizio risarcitorio promosso contro il Ministero della salute per omessa adozione delle dovute cautele, l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno ("*compensatio lucri cum damno*")", venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo» (Cass. civ., sez. III, 14.03.2013, n. 6573, cfr. Cass. civ., sez. III, 20.01.2014, n. 991; Cass. civ., sez. VI, 24-09-2014, n. 20111); sia nelle ipotesi di danni alla salute patiti da pubblici impiegati per causa di servizio, anche in tal caso si è affermato che dal risarcimento del danno alla salute debba detrarsi quanto percepito dalla vittima a titolo di trattamento previdenziale o pensione privilegiata (in tal senso Cass. civ., sez. III, sentenza n. 9094 del 13.05.2004; Cass. civ., sez. III, sentenza n. 64 del 04.01.2002).

Ebbene a tutt'oggi tale contrasto non è stato ancora risolto tanto è che la stessa terza sezione della Suprema Corte di Cassazione, nell'anno 2014 ha emesso due sentenze di carattere totalmente opposto ognuna delle quali si è rifatta ad uno degli orientamenti su esposti. La prima sentenza è la n. 5504 del 10 marzo 2014 così massimata «L'ipotesi della "*compensatio lucri cum damno*" non si configura quando, a seguito della morte della persona offesa, ai congiunti superstiti aventi diritto al risarcimento del danno sia stata concessa una pensione di reversibilità, giacché tale erogazione si fonda su un titolo diverso rispetto all'atto illecito». La seconda pronuncia è la n. 13537 del 13 giugno 2014 ed è così massimata «In tema di danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto, attesa la funzione indennitaria assoluta da tale trattamento, che è inteso a sollevare i familiari dallo stato di bisogno derivante dalla scom-

Cass. civ., sez. III, ord. 05 marzo 2015 n. 4447

Pres. Berruti, Rel. Vincenti

(*Omissis*)

RITENUTO

che, con sentenza resa pubblica il 29 giugno 2011, la Corte di appello di Trento – per quanto ancora rileva in questa sede – rigettava l'impugnazione proposta dal Deutsche Rentenversicherung Bund avverso la sentenza del Tribunale di Trento, sezione distaccata di Cavalese, con la quale (nel contraddittorio anche della C. Assicurazioni S.p.A., chiamata in causa dal convenuto a titolo di manleva) era stata respinta la domanda avanzata dal medesimo ente tedesco per a far dichiarare l'esclusiva responsabilità di P. M. nella causazione dell'incidente sciistico, avvenuto in (*omissis*), nel quale aveva perso la vita B.V., nonché – in forza di azione surrogatoria ai sensi del p. 116 del SGB tedesco (codice di previdenza sociale), opponibile al debitore italiano *ex art. 85 del Regolamento CE n. 883 del 2004* – per sentir condannare lo stesso P. alla rifusione della somma complessiva di Euro 245.805,91, erogata o da erogare a titolo di pensione di reversibilità e di rendita orfani in favore del coniuge e dei figli minori della vittima del sinistro, assicurata presso esso Deutsche Rentenversicherung Bund;

che la Corte territoriale, confermando la decisione di primo grado, ribadiva l'applicabilità alla fattispecie dell'interpretazione fornita dalla sentenza 21 settembre 1999 della Corte di giustizia UE sull'art. 93 del Regolamento CE n. 1408 del 1971, poi sostituito dall'art. 85 del Regolamento CE n. 883/2004, «nel senso che, nel caso di un danno verificatosi nel territorio di uno Stato membro e che abbia comportato il versamento di prestazioni di previdenza sociale alla vittima o ai suoi aventi diritto da parte di un ente di previdenza sociale, ai sensi di detto regolamento, appartenente ad un altro Stato membro, i diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore del danno e nei quali detto ente si può essere surrogato, nonché i presupposti dell'azione di risarcimento dinanzi ai giudici dello Stato membro sul cui territorio il danno si è verificato, sono determinati conformemente al diritto di tale Stato, ivi comprese le norme di diritto internazionale privato che sono applicabili»;

che la Corte di appello escludeva, quindi, che potessero trovare rilievo ai fini della decisione talune norme invocate dall'appellante (Regolamento CE n. 593/2008; Regolamento CE n. 864/2007), in quanto

parsa del congiunto, con conseguente esclusione, nei limiti del relativo valore, di un danno risarcibile». Di fronte a tale irrisolvibile contrasto i Giudici, con l'Ordinanza in esame, non hanno potuto far altro che rimettere la questione alle Sezioni Unite, le quali sono particolarmente attese dagli operatori del diritto in quanto l'eventuale decisione, in un senso o nell'altro, produrrà effetti tsunami su tutti i giudizi relativi a risarcimento danni quando aventi ad oggetto illeciti causativi macro lesioni o addirittura la morte del danneggiato.

comunque sopravvenute al sinistro e non applicabili a contratti o fatti precedenti alla loro entrata in vigore; escludeva, altresì, che potesse ritenersi “obsoleta” la richiamata sentenza del 1999 della Corte di giustizia, là dove come tale era da intendersi, invece, la sentenza del 2 giugno 1994 della medesima Corte Europea, evocata dall’ente appellante, la quale era stata “superata dalla successiva decisione”;

che il giudice di appello osservava, quindi, che il Deutsche Rentenversicherung Bund non poteva far valere “alcun diritto di surroga, posto che, in relazione alle prestazioni assistenziali rappresentate dalla pensione di reversibilità e dall’assegno di mantenimento ai figli minori, nessun diritto, nei confronti del terzo responsabile del danno (ovvero l’odierno appellato P, se ed in quanto responsabile), gli eredi del defunto B. potevano vantare, secondo il diritto interno”, giacché, alla luce della consolidata giurisprudenza di legittimità, “tale pensione e tale assegno non vengono attribuiti per il fatto che la persona offesa è stata vittima di un fatto illecito, ma solo perché, sussistendone la condizione di legge o di contratto, l’offeso e i superstiti hanno diritto a quel determinato tipo di pensione”;

che, in definitiva, le prestazioni ricevute dagli aventi causa della vittima del sinistro non rientravano tra i danni patrimoniali “suscettibili di risarcimento in quanto derivanti dall’incidente sciistico”, con la conseguenza che l’ente tedesco non poteva surrogarsi nei diritti di detti aventi causa in forza del p.116 del SGB;

che, inoltre, la Corte territoriale ribadiva la correttezza dell’interpretazione fornita dal primo giudice quanto alla disciplina applicabile in relazione alla surroga esercitata ai sensi dell’art. 1916 cod. civ., quale norma invocata in subordine dall’ente appellante (ossia l’operatività di detto art. 1916 in forza della L. n. 218 del 1995, art. 62, una volta esclusa l’applicabilità del p.116 SGB, con la conseguenza che la surroga era da escludersi sia perché la prescritta comunicazione al P. era avvenuta soltanto nell’aprile del 2006, mentre già nel settembre 2004 gli aventi causa del B. “erano stati tacitati di ogni pretesa dall’Assicurazione del convenuto, rilasciando ampia quietanza liberatoria”);

che, pertanto, il giudice di appello, alla luce di quanto innanzi considerato, riteneva irrilevante “il concreto accertamento dell’eventuale esclusiva responsabilità dell’appellato P.”;

che per la cassazione di tale sentenza ricorre il Deutsche Rentenversicherung Bund sulla base di un unico motivo, con cui denuncia, ai sensi dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 93 del Reg. CE n. 1408/1971 e successivo art. 85 del Reg. CE n. 883/2004 (ponendo in dubbio la portata del principio espresso dalla citata sentenza della Corte di giustizia e la sua rilevanza nella fattispecie); in ogni caso, instando preliminarmente per la rimessione alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE (attualmente art. 267 del TFUE), della questione

interpretativa dell’art. 93 del Reg. CE n. 1408/1971, sostituito dall’art. 85 del Reg. CE n. 883/2004;

che resistono con separati controricorsi P.M. e la C. Assicurazioni S.p.A., avendo entrambi svolto ricorso incidentale condizionato sulla base di un unico motivo;

che il Deutsche Rentenversicherung Bund ha resistito con controricorso ai ricorsi incidentali condizionati;

che la Carige Assicurazioni S.p.A. ha depositato memoria *ex art.* 378 cod. proc. civ.

CONSIDERATO

che il ricorso pone la questione dei limiti dell’azione di surrogazione esercitabile da un ente previdenziale di uno Stato membro, diverso dallo Stato nel cui territorio si è verificato il danno, per le prestazioni previdenziali erogate alla vittima o ai suoi aventi causa: nella specie, si tratta di un ente tedesco di assicurazione pensionistica che ha versato agli aventi causa del proprio assicurato – il defunto B.V., cittadino tedesco vittima di un sinistro sciistico mortale verificatosi nel nostro Paese – la somma complessiva di Euro 245.805,91 a titolo di pensione di reversibilità in favore del coniuge e di rendita orfani in favore dei figli minori;

che tale quaestio iuris, giacché risolta dal giudice del merito in modo negativo per l’ente attualmente ricorrente (nel senso di escludere in capo ad esso il diritto di surroga), ha assunto, nella concreta vicenda processuale, carattere assorbente rispetto alla stessa verifica della responsabilità per il sinistro mortale occorso al predetto B.: in tal senso, dovranno intendersi soltanto come virtuali i riferimenti ai concetti di fatto illecito, danno e responsabilità imposti dal preliminare scrutinio della questione in diritto;

che, quanto alla disciplina rilevante ai fini della decisione, l’art. 93 del Regolamento CEE n. 1408/1971 del Consiglio del 14 giugno 1971 (“relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità”), nel disciplinare i “Diritti delle istituzioni debtrici nei confronti di terzi responsabili”, dispone (per che ciò che interessa):

“1. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell’istituzione debitrice nei confronti del terzo tenuto a risarcire il danno sono disciplinati nel modo seguente: a) quando l’istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro”;

che, peraltro, la citata disposizione è stata sostituita da quella dettata dall’art. 85 del Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 (“relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale”) – che ha abrogato, salvo per determinati fini, il precedente Reg. n. 1408/1971 a decorrenza

re dalla data di applicazione del Reg. n. 833 (correlata all'emanazione del regolamento di applicazione: artt. 90 e 91) – che, in ogni caso, ripropone l'identico testo della precedente art. 85 (Diritti delle istituzioni): “1. Se, In virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi in un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti del terzo, tenuto a risarcire il danno, sono disciplinati nel modo seguente: a) quando l'istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro”;

che la norma Europea applicabile *ratione temporis* dovrebbe essere quella in vigore al momento del pagamento della prestazione da parte della “istituzione debitrice” (ossia, esemplificando, l'ente previdenziale o l'assicuratore sociale, là dove, più propriamente, secondo la sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1984, in C- 313/82, “Il termine istituzione di cui all'art. 93, del regolamento n. 1408/71, designa, per ciascuno Stato membro, l'ente o l'autorità incaricata di applicare, in tutto o in parte, la normativa di uno Stato relativa ai settori o ai regimi di previdenza sociale menzionati da tale regolamento”): momento che, nel caso di specie, non risulta precisato dalla sentenza impugnata, nè indicato dal ricorrente, il quale comunque invoca il citato art. 85 del Reg. n. 833/2004;

che, tuttavia, l'identità dei testi normativi sopra richiamati (inseriti in provvedimenti che si pongono in diretta continuità, là dove il secondo Regolamento sostituisce il primo a fini di aggiornamento e semplificazione: cfr. Considerando 3) è tale da far ritenere rilevante ed esaustiva anche in riferimento all'art. 85 l'interpretazione dell'art. 93 del Reg. n. 1408/1971 fornita dalla Corte di giustizia;

che, infatti, il citato art. 93 è stato interpretato una prima volta dalla sentenza della Corte di giustizia 2 giugno 1994 (in C-428/92), la quale ha dichiarato: “L'art. 93, n. 1 (...), va interpretato nel senso che le condizioni nonché la portata del diritto di azione di un ente previdenziale, ai sensi del regolamento, nei confronti del responsabile di un danno che si sia verificato nel territorio di un altro Stato membro ed abbia comportato l'erogazione di prestazioni previdenziali sono determinate conformemente al diritto dello Stato membro di tale ente”;

che lo stesso art. 93 è stato interpretato una seconda volta dalla Corte di giustizia, con la sentenza 21 settembre 1999 (in C-397/96), che ha dichiarato: “L'art. 93, n. 1, lett. a), (...) dev'essere interpretato nel senso che, nel caso di un danno verificatosi nel territorio di uno Stato membro e che abbia comportato il versamento di prestazioni di previdenza sociale alla vittima o ai suoi aventi diritto da parte di un ente di previdenza sociale, ai sensi di detto regolamento, appartenente ad un altro Stato membro, i diritti che la vittima o i suoi aventi

diritto hanno nei confronti dell'autore del danno e nei quali detto ente si può essere surrogato, nonché i presupposti dell'azione di risarcimento dinanzi ai giudici dello Stato membro sul cui territorio il danno si è verificato, sono determinati conformemente al diritto di tale Stato, ivi comprese le norme di diritto internazionale privato che sono applicabili.

2) L'art. 93, n. 1, lett. a), (...), dev'essere interpretato nel senso che la surrogazione di un ente di previdenza sociale, ai sensi di detto regolamento, appartenente al diritto di uno Stato membro, nei diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore di un danno verificatosi sul territorio di un altro Stato membro e che ha comportato il versamento di prestazioni di previdenza sociale da parte di detto ente, nonché la portata dei diritti nei quali detto ente si è surrogato, sono determinate conformemente al diritto dello Stato membro cui appartiene detto ente, a condizione che l'esercizio della surrogazione prevista da tale diritto non ecceda i diritti che la vittima o i suoi aventi diritto hanno nei confronti dell'autore del danno in forza del diritto dello Stato membro sul cui territorio il danno si è verificato.

3) È compito del giudice adito determinare ed applicare le pertinenti disposizioni della normativa dello Stato membro cui appartiene l'ente debitore, anche se tali disposizioni escludono o limitano la surrogazione di siffatto ente nei diritti che ha il beneficiario delle prestazioni nei confronti dell'autore del danno o l'esercizio di tali diritti da parte dell'ente che si è in essi surrogato”;

che il Collegio reputa (contrariamente al quanto sostenuto dal ricorrente) che la sentenza del 1999 della Corte di giustizia, lungi dallo smentire o dal contraddire in parte la sentenza del 1994, ne completa la portata quanto, segnatamente, alla posizione della vittima e dei suoi aventi causa (soltanto accennata nella sentenza del 1994: cfr p.21);

che, pertanto, il Collegio non ritiene di dover dar corso all'istanza di rimessione della questione interpretativa al Giudice di Lussemburgo, in applicazione del principio del *c.d. acte claire*, per cui “l'obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza di rimettere la causa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE (già art. 234 del Trattato che istituisce la Comunità Europea), viene meno quando non sussista la necessità di una pronuncia pregiudiziale sulla normativa comunitaria, in quanto la questione sollevata sia materialmente identica ad altra, già sottoposta alla Corte in analogo fattispecie, ovvero quando sul problema giuridico esaminato si sia formata una consolidata giurisprudenza di detta Corte” (tra le altre, Cass., 26 marzo 2012, n. 4776);

che dalla ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia consegue che:

1) il diritto di surrogazione dell'assicuratore sociale è disciplinato dalle norme dello Stato al quale appartiene l'ente surrogante, con il limite per cui tale surrogazione

non può eccedere i diritti spettanti alla vittima o ai suoi aventi causa (ossia, l'ammontare del danno causato dal responsabile e liquidato secondo la legge del luogo dove è avvenuto il fatto illecito);

2) i diritti che spettano alla vittima, o ai suoi aventi causa, nei confronti dell'autore del danno – nei quali l'ente previdenziale può surrogarsi – ed i presupposti dell'azione risarcitoria sono disciplinati dalle norme dello Stato in cui si è verificato il “danno” (ivi comprese le norme di diritto internazionale privato applicabili);

che, dunque, nel caso di specie:

a) il diritto al risarcimento del danno spettante alla vittima di un sinistro o ai suoi aventi causa (e, quindi, l'area del danno risarcibile) è individuato(a) dalle norme italiane;

b) i presupposti ed i limiti dell'azione di surrogazione esercitabile dall'ente previdenziale sono dettati dalle norme tedesche;

che, pertanto, essendo l'area del danno risarcibile ascrivibile alla disciplina del diritto dello Stato membro nel cui territorio si è verificato il danno, occorre allora stabilire se, in base all'ordinamento italiano, all'ambito del danno (patrimoniale) risarcibile a seguito di fatto illecito (nella specie: sinistro sciistico mortale) appartenga o meno la prestazione previdenziale indennitaria, erogata a seguito dell'evento dannoso e in funzione di sostentamento della vittima del sinistro o dei suoi aventi causa;

che, nella fattispecie, vengono infatti in rilievo prestazioni di tale (non contestata) natura, quali la pensione di reversibilità e la rendita agli orfani erogate dall'ente previdenziale tedesco;

che la giurisprudenza di questa Corte si è orientata, per lungo tempo ed in modo prevalente, nel senso che dal montante risarcitorio per danno patrimoniale conseguente a fatto illecito debbano escludersi le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale, non potendo in tal caso trovare rilievo il principio della *compensatio lucri cum damno*, giacché prestazione previdenziale e danno non scaturiscono entrambi dal fatto illecito, posto che la prima sorge direttamente dalla legge (tra le tante, Cass., 7 ottobre 1964, n. 2530; Cass., 10 ottobre 1970, n. 1928; Cass., 14 marzo 1996, n. 2117; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 25 agosto 2006, n. 18490; Cass., 10 marzo 2014, n. 5504);

che, più di recente, con la sentenza n. 13537 del 13 giugno che 2014 di questa Sezione, si è affermato il seguente principio (così massimato): “In tema di danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto, attesa la funzione indennitaria assolta da tale trattamento, che è inteso a sollevare i familiari dallo stato di bisogno derivante dalla scomparsa del congiunto, con conseguente esclusione, nei limiti del relativo valore, di un danno risarcibile”;

che tale pronuncia recupera un diverso orientamento (minoritario: Cass., 16 novembre 1979, n. 5964; Cass., 24 maggio 1986, n. 3503), che nega la possibilità di cumulare il risarcimento del danno con eventuali prestazioni previdenziali percepite in conseguenza del fatto illecito, in quanto il beneficio erogato dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale abbia lo scopo di “attenuare il danno patrimoniale subito dai familiari della vittima”, con ciò elidendosi in parte qua l'esistenza del danno risarcibile;

che tra le varie conseguenze derivanti dall'applicazione di siffatto ultimo orientamento (illustrate diffusamente dalla citata sentenza n. 13537) vi sarebbe anche quella di consentire all'assicuratore sociale/ente previdenziale l'esercizio dell'azione di surrogazione nei diritti risarcitori del danneggiato in riferimento alle somme erogate a titolo di prestazione previdenziale indennitaria;

che successivamente alla sentenza n. 13537 del 2014, altra sentenza di questa Sezione (n. 20548 del 30 settembre 2014) ha ribadito il diverso principio (così massimato): “In tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della *compensatio lucri cum damno* trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenza del medesimo fatto illecito, sicché non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitorie”;

che, in siffatto contesto, si rende quindi opportuno investire le Sezioni Unite della risoluzione del contrasto sopra evidenziato, concernente la portata del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno* nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito, nella specie rilevante, segnatamente, in relazione alla limitazione del diritto al risarcimento del danno della vittima (o dei suoi aventi causa), in funzione del quale diritto l'assicuratore sociale/ente previdenziale può esercitare l'azione di surrogazione ad esso spettante (nel caso all'esame, secondo il diritto tedesco) nei confronti del responsabile civile;

che dalla risoluzione dell'anzidetto contrasto dipenderà, peraltro, anche la sorte dei ricorsi incidentali condizionati proposti dalle parti controricorrenti in punto di (difetto di motivazione sulla) natura giuridica dell'organismo assicurativo tedesco: ciò in quanto (eventualmente, ove si giunga all'accoglimento del ricorso) spetterà al giudice del merito accertare e motivare sull'effettivo carattere di “istituzione” ai sensi dell'art. 93 del Reg. n. 1408/1971 (cfr. la citata sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1984, in C-313/82) del *Deutsche Rentenversicherung Bund*.

P.Q.M.
(*Omissis*).

Tribunale di Napoli, Settima Sezione Civile Sentenza 2 febbraio 2015 n. 1551 - Giud. F. Reale

Rappresentanza Sindacale Unitaria – Applicazione della normativa legale (d.lgs. n. 165/2001) e negoziale (CCN quadro 7 agosto 1998) – Nomina di Coordinatore e approvazione a maggioranza del Regolamento di Funzionamento – Deliberazione di nuovi membri in sostituzione dei dimissionari – Mancata trasmissione della delibera assembleare ai componenti assenti – Annullamento delle deliberazioni assunte dall'assemblea per mancanza dei requisiti richiesti dal regolamento di funzionamento della RSU 2012/2015 (invalidità delle dimissioni per mancata comunicazione scritta e motivata – invalidità per vizi del *quorum* deliberativo) – Invalidità parziale delle clausole del Regolamento di Funzionamento della RSU nella parte in cui si prevede maggioranze rafforzate di 2/3 dei componenti o degli eletti

1. Sono annullabili le delibere assembleari per vizi afferenti la costituzione, per violazione dell'art. 2 del regolamento di funzionamento della RSU 2012/2015 (secondo cui "i componenti dimissionari o cessati a qualsiasi titolo, anche su comunicazione scritta e motivata presentata dai Responsabili firmatari della lista a suo tempo presentata, tendenti alla sostituzione di componenti appartenenti alla propria lista elettorale, saranno sostituiti dai primi non eletti della lista dalla quale risultano eletti i precedenti componenti. La comunicazione scritta e motivata dovrà essere presentata dal Responsabile firmatario della lista elettorale al coordinatore delle RSU") e dell'art. 7 del regolamento di funzionamento della RSU 2012/2015 relativo alla validità dell'assemblea (per il quale "l'assemblea è valida quando è presente un numero superiore al 50% dei componenti in carica delle RSU. Le assenze ingiustificate, espulsi o sospesi dalle rappresentanze in carica, abbassano il *quorum* per la determinazione del numero legale").

2. Sono invalide le clausole inserite nel regolamento di funzionamento della RSU – in quanto in contrasto con l'art. 8 dell'accordo collettivo quadro del 7 agosto 1998 – nella parte in cui prevedono maggioranze rafforzate di 2/3 dei componenti e degli eletti, in violazione del principio di diritto in stabilito dalla Suprema Corte secondo cui "nella disciplina delle società per azioni l'unanimità dei consensi è richiesta solo nel momento costitutivo, mentre successivamente vige il principio della formazione della volontà sociale secondo la regola della maggioranza

che non consente la possibilità di stabilire la regola della totalità dei consensi: conseguentemente non può ritenersi valida la clausola statutaria che prevede l'unanimità dei consensi per ogni mutamento dello statuto" (cfr. Cass. 7663/2005; 2450/1980)¹.

¹ Nota a sentenza a cura di PASQUALE MAUTONE (Avvocato e Docente in "Diritto Sanitario" – Università di Firenze) e ALESSANDRA RICCARDI (pr. Avvocato e Vice presidente Unione Giovani Civilisti)

La sentenza oggetto del presente commento ha ad oggetto la delicata questione inerente la libertà sindacale e le regole della rappresentatività associativa.

In particolare, con atto di citazione espletato da alcuni componenti elettivi della Rappresentanza sindacale Unitaria Università di Napoli Federico II (in ragione delle elezioni svoltesi in data 5-7 marzo 2012 e giusta proclamazione – da parte della Commissione elettorale – del 27 marzo 2012), rappresentanza sindacale che (ai sensi e per gli effetti dell'art. 47 del d.lgs. n. 29/1993 e succ. mod. nonché dell'Accordo Quadro 7 agosto 1998) consta di complessivi 39 componenti; la quale, nella tornata assembleare del 16 maggio 2012 (alla presenza di tutti i suoi componenti), deliberava la nomina del Coordinatore (e delle altre cariche interne: Vice Coordinatore, Presidenti commissioni interne) e l'approvazione – a maggioranza – del "Regolamento di funzionamento" (cfr. CCN quadro del 6 aprile 2004), si rivendicava l'invalidità dell'assemblea del 16 maggio 2012, assemblea che deliberava la nomina del Coordinatore (e delle altre cariche interne: Vice Coordinatore, Presidenti commissioni interne) e l'approvazione – a maggioranza – del "Regolamento di funzionamento" (cfr. CCN quadro del 6 aprile 2004), nonché l'invalidità parziale del regolamento di funzionamento della RSU per inefficacia di clausole regolamentari. Inoltre, il deliberato assembleare oggetto di impugnativa non veniva trasmesso ai componenti assenti, attuali istanti, i quali venivano a conoscenza di tale delibere solo a seguito di un interpellato *ad hoc* all'amministrazione.

Il nodo prioritario della sentenza in esame è stabilire, sulla base della normativa legislativa di riferimento (d. lgs. 165/2001) nonché quella negoziale (CCN Accordo Quadro 7 agosto 1998), se la delibera assembleare impugnata dai componenti della RSU sia stata validamente costituita.

Ebbene, la sentenza *de qua* accerta e riconosce correttamente le ragioni di parte attrice, giungendo a provvedere all'annullamento della delibera assembleare impugnata, nonché a dichiarare l'inefficacia di alcune clausole regolamentari che rafforzavano il *quorum* deliberativo per attività inerenti la modifica dello statuto, decisione che appare condivisibile per i motivi *testè* esplicitati.

Innanzitutto, nel merito della questione, si evidenzia che la normativa legale (d.lgs. n. 165/2001) ma soprattutto negoziale (CCN quadro 7 agosto 1998 e successivi atti ricognitivi ed interpretativi), che regola l'elezione, la composizione ed il funzionamento della RSU, prevede – per quel che qui interessa – che la Rappresentanza Sindacale Unitaria, allorché eletta ed insediatasi, adotti un regolamento per il proprio funzionamento.

Tale atto, da doversi ritenere inevitabilmente armonico con le regole generali (legali e negoziali) che disciplinano il funzionamento delle associazioni (*tout court* ed in specie delle RSU), nella fattispecie che qui ci occupa prescrive (quanto alla validità dell'assemblea – cfr. art. 7): l'assemblea è valida quando è presente un numero superiore al 50% dei componenti in carica delle RSU.

Da tale principio, emerge la palese invalidità costitutiva del consenso assembleare, in quanto, essendo la consistenza complessiva della "Rappresentanza" in numero di 39 membri ed il relativo *quorum* costitutivo assembleare in numero di 20 unità, l'assemblea del 25 settembre 2012 "è stata ritenuta" validamente costituita con la sola presenza di 19 componenti, a fronte dei venti necessari.

È apparsa fuorviante la riferita presenza di uno dei due membri subentranti, trattandosi di soggetti la cui "immissione in carica", quale completamento del processo di dimissioni dei componenti uscenti, andava per l'appunto deliberata "a monte" dall'assemblea.

Ancor più in radice, il procedimento sostitutivo è apparso viziato: le dimissioni di cui si discute, infatti, sono state *proposte* in maniera del tutto irrituale, alla luce delle disposizioni regolamentari. Difatti (cfr. art. 2 reg. cit.), se è vero che le dimissioni di un componente vanno ufficializzate in forma scritta, viepiù presentate dal "responsabile firmatario della lista", non consta alla parte attrice che i membri cd. dimissionari, né i soggetti presentatori delle liste, abbiano osservato tali incumbenti.

Conseguenza di quanto sin qui osservato è, evidentemente, la nullità (*recte*: l'annullamento) del deliberato assembleare adottato dalla RSU Università di Napoli Federico II, oltreché la eccentrica sua composizione (risultando le operate sostituzioni illegittime quanto le dimissioni dei componenti "uscenti").

La sentenza del Tribunale di Napoli ha ritenuto valide e fondate le istanze avanzate da parte attrice (fattispecie costitutiva), ritenendo l'annullamento delle determinazioni assunte dall'assemblea del 25 settembre 2012, per invalidità della delibera e per vizi afferenti alla sua costituzione, non potendosi ritenere valide le dimissioni rassegnate né le sostituzioni disposte, per quanto stabilito dall'art. 2 e dall'art. 7 del Regolamento di Funzionamento della RSU 2012/2015.

Passando ad analizzare il regolamento di funzionamento della RSU, adottato nella tornata assembleare del 16 maggio 2012 (a maggioranza dei componenti-presenti e con l'astensione dei deducenti), avendosi per conosciuti i principi generali in materia di democraticità associativa (*tout court* ed, in specie, in ambito sindacale!), sono stati evidenziati, altresì, gli aspetti di invalidità di talune clausole, a fronte dei quali è stata formulata istanza di declaratoria di nullità/annullamento (in parte qua) delle medesime. Difatti, le clausole impugnate avevano tra loro un comune denominatore: la fissazione di un *quorum* deliberativo, per l'esecuzione di talune attività/iniziativa, a tal punto "qualificato e rafforzato" da determinare – di fatto – un improprio ingessamento ed una sostanziale inattuabilità dei relativi strumenti: il tutto in palese distonia sia con la normativa codicistica, sia con quella negoziale-collettiva di riferimento.

Tratto comune di tali clausole consiste nella previsione, ai fini applicativi delle facoltà ivi sancite (sfiducia degli organi rappresentativi, modifiche del regolamento, convocazione spontanea dei componenti), di un *quorum* deliberativo rafforzato totalmente irrazionale ed abnorme: i 2/3 degli eletti (anziché dei presenti – cfr. art. 25 c.c.).

Ne deriva un duplice vizio della norma regolamentare: anzitutto, essa impone surrettiziamente un incerto *quorum* anche costitutivo, laddove è evidente che il 50% degli eletti, pur validamente costituendo un'assemblea, non potrebbe mai deliberare (quand'anche all'unanimità) su tali materie. Inoltre e soprattutto, tale clausola del regolamento si pone in insanabile contrasto con l'art. 8

(*Omissis*)

Con atto di citazione notificato il 03.05.2013 gli istanti, componenti elettivi della RSU Università di Napoli Federico II: in ragione delle elezioni svoltesi in data 5-7 marzo 2012, deducevano che la RSU (ai sensi e per gli effetti dell'art. 47 del d.lgs. 29/1993 e succ. mod., nonché dell'Accordo Quadro 7 agosto 1998), consta di complessivi 39 componenti; che la RSU insediata nella tornata assembleare del 16 maggio 2012 alla presenza di tutti i suoi componenti, deliberava la nomina del Coordinatore e l'approvazione – a maggioranza – del "Regolamento di Funzionamento" (cfr. CCN quadro del 6 aprile 2004); che nella tornata assembleare del 25 settembre 2012, stante la necessità di deliberare la sostituzione di due membri dimissionari (M.G. e D.M.L.), nonché di approvare la piattaforma inerente alla contrattazione integrativa 2012, l'assemblea, costituitasi con la presenza di nr. 19 componenti, approvava sia la surroga dei dimissionari con altrettanti membri (*i primi non eletti nella lista dei dimissionari*), sia l'ipotesi di *piattaforma* contrattuale; che il deliberato assembleare non veniva trasmesso ai componenti assenti tra cui gli istanti: tant'è che lo stesso veniva "conosciuto" dai medesimi solo a seguito di un interpello *ad hoc* all'amministrazione; che, con atto di

dell'Accordo Collettivo Quadro del 7 agosto 1998 (reso ancor più chiaro dal contratto di interpretazione autentica del 6 aprile 2004), secondo cui le decisioni relative all'attività della RSU sono assunte a maggioranza dei componenti.

Infine, la discrasia di tali previsioni si apprezza anche se le si rapporta ai *quorum* costitutivi e deliberativi viceversa necessari "a monte", ossia richiesti per l'adozione sia dello stesso regolamento, sia per l'individuazione delle cariche rappresentative.

Risultato concreto, rinveniente da tali disposizioni, è una sostanziale intangibilità delle nomine e delle regole sancite in sede di "insediamento", allorquando (cfr. deliberazione del 16 maggio 2012) sia le nomine, sia il regolamento, sono stati adottati con la maggioranza semplice dei presenti.

Il *vulnus* alla democraticità associativa è perciò palese; così come la contrarietà alle norme codicistiche in materia (cfr. art. 36 c.c.). Corollario di tanto è l'invalidità (nullità *vs.* annullabilità) di tali clausole.

Su tale ultimo aspetto, la sentenza di merito in esame ha accolto anche l'ultima doglianza di parte attrice, disponendo l'annullamento delle clausole *de qua*, in quanto troppo restrittive in merito *quorum* deliberativo per la modifica statutaria.

In conclusione, appare più confacente al dato normativo la statuizione della sentenza, oggetto del presente commento, allorquando accerta e riconosce le ragioni di parte attrice, anche in virtù dell'applicazione analogica alle norme disciplinanti le associazioni non riconosciute, in particolare in riferimento agli artt. 1322 e 2368 c.c., ove a più riprese i Giudici di Legittimità hanno disposto tale principio: nella disciplina delle società per azioni l'unanimità dei consensi è richiesta solo nel momento costitutivo, mentre successivamente vige il principio della formazione della volontà sociale secondo la regola della maggioranza che non consente la possibilità di stabilire la regola della totalità dei consensi: conseguentemente non può ritenersi valida la clausola statutaria che prevede l'unanimità dei consensi per ogni mutamento dello statuto" (cfr. 7663/2005; 2450/1980).

diffida rivolto all'amministrazione in data 7 novembre 2012, taluni componenti della RSU, assenti alla tornata del 25 settembre 2012, partecipavano alla parte datoriale pubblica le svariate irrivalenze deliberative assunte in tale occasione dall'assemblea RSU, diffidando la medesima ad assumere iniziative negoziali connesse alla piattaforma contrattuale decentrata, sempre in quella sede licenziata dalla RSU;

Tanto premesso gli istanti precisano che la normativa, legale (d.lgs. 165/2001) ma soprattutto negoziale (CCN quadro 7 agosto 1998 e successivi atti ricognitivi ed interpretativi), che regola l'elezione, la composizione e il funzionamento della RSU, prevede che la Rappresentanza Sindacale Unitaria, allorché eletta ed insediatasi, adotti un provvedimento per il proprio funzionamento.

Tale regolamento prescrive quanto alla validità dell'assemblea (cfr. art. 7): l'assemblea è valida quando è presente un numero superiore al 50% dei componenti in carica delle RSU pertanto erroneamente la tornata del 25 settembre 2012 è stata ritenuta validamente costituita con la sola presenza di 19 componenti, a fronte di venti necessari.

Contestavano quindi che il procedimento sostitutivo era viziato in quanto le dimissioni erano state proposte in maniera del tutto irrituale, alla luce delle disposizioni regolamentari: tali dimissioni dovevano, infatti, essere ufficializzate in forma scritta e presentate dal responsabile firmatario della lista, formalità che non risulta essere state rispettate dai dimissionari.

Chiedevano pertanto dichiararsi la nullità e/o l'annullamento del deliberato assembleare adottato dalla RSU Università di Napoli Federico II previa sospensione *ex art. 23 c.c.*

Con riferimento poi al Regolamento di funzionamento della RSU, adottato nella tornata assembleare del 16 maggio 2012 maggioranza dei componenti – evidenziavano aspetti di invalidità di talune clausole rispetto alle quali invocavano la declaratoria di nullità/annullamento.

Le clausole impugnate infatti fissano un quorum deliberativo, per l'esecuzione di talune attività/iniziativa, a tal punto "qualificato e rafforzato" da determinare – di fatto – un improprio ingessamento ed una sostanziale inattuabilità dei relativi strumenti: il tutto in palese distonia sia con la normativa codicistica, sia con quella negoziale-collettiva di riferimento.

Il richiamo è agli artt. 6, 10, 12 e – quale clausola di "chiusura" – all'art. 18 del regolamento di funzionamento della RSU.

Le clausole rispetto alla mozione di sfiducia degli organi rappresentativi, modifiche del regolamento, convocazione spontanea dei componenti, fissano, infatti, un quorum deliberativo rafforzato pari ai 2/3 degli eletti (anziché dei presenti cfr. art. 25 c.c.).

Tali clausole imponevano, secondo quanto rappresentato dagli istanti un incerto quorum anche costi-

tutivo, laddove è evidente che il 50% degli eletti, pur validamente costituendo un'assemblea, non potrebbe mai deliberare (quand'anche all'unanimità) su tali materie.

Inoltre e soprattutto, tale clausola del regolamento si pone in insanabile contrasto con l'art. 8 dell'Accordo Collettivo Quadro del 7 agosto 1988 (reso ancor più chiaro dai contratti di interpretazione autentica del 6 aprile 2004), secondo cui le decisioni relative alle attività della RSU sono assunte a maggioranza dei componenti.

Infine, la discrasia di tali previsioni si apprezza anche se si rapporta ai quorum costitutivi e deliberativi viceversa necessari a monte, ossia richiesti per l'adozione sia dello stesso regolamento, sia per l'individuazione delle cariche rappresentative.

All'udienza del 16.07.2013, venuta meno, sulla base di quanto rappresentato dagli attori e confermato dal convenuto, l'urgenza di cui all'invocato provvedimento *ex art. 23 c.c.* si costituiva il convenuto contestando nel merito le contestazioni mosse dagli attori. Concessi i termini di cui all'art. 183, comma VI, c.p.c. all'udienza del 29 maggio 2014, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., la causa veniva rimessa in decisione.

La domanda è fondata e deve essere accolta.

L'assemblea tenutasi il 25 settembre 2012 deve, infatti, ritenersi non validamente costituita e le doglianze relative alla annullabilità e/o nullità delle deliberazioni ivi assunte devono essere accolte.

L'art. 2 del regolamento di funzionamento della RSU 2012/2015 prevede infatti che: "i componenti dimissionari o cessati a qualsiasi titolo, anche su comunicazione scritta e motivata presentata dai Responsabili firmatari della lista a suo tempo presentata, tendenti alla sostituzione di componenti appartenenti alla propria lista elettorale, saranno sostituiti dai primi non eletti della lista dalla quale risultano eletti i precedenti componenti.

La comunicazione scritta e motivata dovrà essere presentata dal Responsabile firmatario della lista elettorale al coordinatore delle R.S.U."

L'art. 7 del regolamento di funzionamento della RSU 2012/2015 relativo alla validità dell'assemblea stabilisce poi: "l'assemblea è valida quando è presente un numero superiore al 50% dei componenti in carica delle RSU. Le assenze ingiustificate, espulsi o sospesi dalle rappresentanze in carica, abbassano il quorum per la determinazione del numero legale".

Le osservazioni svolte dal convenuto in ordine alla validità delle dimissioni presentate non possono essere accolte. Per essere escluso dalla base di calcolo del quorum infatti il soggetto non deve rivestire la qualifica di componente, qualifica che evidentemente non compete al soggetto che abbia rassegnato delle valide dimissioni ricevute dal Responsabile firmatario o presentata al coordinatore delle RSU.

Ebbene anche a voler ritenete valide le dimissioni presentate da M.G. sicuramente non possono essere ritenute conformi al regolamento quelle rassegnate da D.M.L. dal momento che le stesse, difformemente rispetto da quanto stabilita dalla norma, dove il presupposto delle dimissioni è individuato nella comunicazione scritta e motivata, non recano una succinta motivazione.

Fuorviante è poi il ragionamento secondo il quale il dimissionario avrebbe comunque escluso dalla base di calcolo del quorum in quanto assente giustificato ai sensi dell'art. 7 dal momento che assente giustificato è il componente che riveste la carica e che comunica i motivi dell'assenza.

Ritenuto che l'assemblea 25 settembre 2015 non abbia validamente deliberato, per vizi afferenti la sua costituzione, non potendosi ritenere valide le dimissioni rassegnate né le sostituzioni disposte, le determinazioni ivi assunte devono essere annullate.

Con riferimenti poi al Regolamento di funzionamento della RSU, adottato nella tornata assembleare del 16 maggio 2012 bisogna osservare che le clausole impugnate (cfr. 6,10,12,18) fissano un quorum deliberativo, per l'esecuzione di alcune attività e/o iniziative, qualificato e rafforzato rispetto a quanto previsto dall'art. 8 dell'Accordo Collettivo Quadro del 7 agosto 1998 nella parte in cui dispone che "le decisioni relative all'attività della RSU sono assunte a maggioranza dei componenti".

Ebbene la disciplina generale in materia di enti prevede che gli stessi deliberino normalmente a maggioranza, essendo previste delle maggioranze rafforzate o l'unanimità solo a presidio di interessi particolarmente delicati, individuati di volta in volta. In particolare, con riferimento alle società per azioni, l'unanimità è richiesta solo nel momento costitutivo, mentre successivamente vige il principio della formazione della volontà sociale secondo il criterio maggioritario. Tale disciplina trova evidente giustificazione del fatto che il potere costitutivo ha una portata più ampia di quello di mera modifica. Nel caso di specie, al contrario, con un regolamento adottato a maggioranza semplice sono state introdotte delle clausole che introducono maggioranze rafforzate con riferimento ad alcune iniziative, in contrasto con la norma di cui dall'art. 8 dell'Accordo Collettivo Quadro del 7 agosto 1998, addirittura giungendo a provvedere che la modifica del regolamento (cfr. art. 18), adottato a maggioranza, richieda una maggioranza qualificata. Tali clausole, in maniera del tutto illogica, prevedono che un potere minore, quello modificativo, debba essere esercitato da una maggioranza rafforzata rispetto a quella che ha esercitato il potere costitutivo.

Le clausole, dunque, devono ritenersi affette da invalidità n quanto il Regolamento non può derogare al principio di maggioranza posto dall'art 8 dell'Accordo Collettivo Quadro 7 agosto 1998, anche in virtù

dell'applicazione analogica delle associazioni non riconosciute delle norme previste in materia di società. Sul punto con riferimento agli artt. 1322 cc e 2368 c.c. la Suprema Corte (cfr. 7663/2005; 2450/1980) ha, infatti, a più riprese affermato che: "Nella disciplina delle società per azioni l'unanimità dei consensi è richiesta solo nel momento costitutivo, mentre successivamente vige il principio della formazione della volontà sociale secondo la regola della maggioranza che non consente la possibilità di stabilire la regola della totalità dei consensi: conseguentemente non può ritenersi valida la clausola statutaria che prevede l'unanimità dei consensi per ogni mutamento dello statuto".

P.Q.M.

(Omissis)

Diritto e procedura penale

INFORMAZIONE TELEMATICA E CENSURA GIUDIZIALE	82
di Giuseppe Riccio	
SULL'INOPPUGNABILITÀ DELLE ORDINANZE DI INCOMPETENZA DEL G.I.P. (ART. 22, C.P.P.). <i>Nota a Cass. sez. un. pen., 9 ottobre 2014, n. 42030</i>	88
di Monica Serra	
<i>NE BIS IN IDEM</i> E SANZIONI DISCIPLINARI DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. <i>Nota a Tribunale di Brindisi, Sezione penale, 17 ottobre 2014, n. 2881</i>	99
di Angela Tocci	
L'ART. 612-BIS C.P. TRA (APPARENTI) VINCOLI DI FORMA E POTENZIALITÀ APPLICATIVE: IL CASO DELLO <i>STALKING</i> "A MEZZO STAMPA"	108
di Fabrizio Rippa	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	131
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	142
RASSEGNA DI MERITO	145



Informazione telematica e censura giudiziale

abstract

This paper aims to provide a solution garantiste and constitutionally oriented theme of the publication media, characterized by defamatory, in order to paralyze the effects, offering new perspectives to strengthen the power of the pre-trial criminal court to prevent the offense has led to further consequences harmful.

keywords

Defamation telematics, seizure, dimming, de-indexation.

abstract

Il presente contributo intende fornire una soluzione garantista e costituzionalmente orientata al tema della pubblicazione mediatica, connotata da carattere diffamatorio, al fine di paralizzarne gli effetti, proponendo nuove prospettive per rafforzare il potere cautelare del giudice penale per evitare che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze dannose.

parole chiave

Diffamazione telematica, sequestro preventivo, oscuramento, deindicizzazione.

Sono trascorsi molti anni da quel lontano 1956, quando la Corte costituzionale esordiva nel mondo del diritto (con la sentenza n. 1) per equiparare gli effetti delle norme prescrittive e programmatiche della Costituzione, attribuendo ad entrambe il potere di interferire direttamente nelle situazioni normative contrarie ai diritti fondamentali della persona. Allora il problema era posto da una norma processuale penale; *meglio*: dalla interpretazione di una disposizione processuale penale, letta in termini restrittivi dalla Cassazione, che così limitava i diritti dell'individuo nel processo.

Il valore metodologico della comparazione tra diritti che guidava quella decisione ricompare oggi, ancora una volta, a proposito di un ben diverso problema, pure esso di natura penale, essendo il giurista, nella occasione, chiamato a rispondere al recentissimo quesito relativo alla individuazione di uno strumento che possa elidere – magari *medio termine* o, come si dice, con *logica cautelare* – gli effetti di

una pubblicazione mediatica di evidente contenuto diffamatorio; quesito a cui la giurisprudenza dà prevalente risposta negativa, perché – si dice – il terzo comma dell'art. 21 della Costituzione, interessandosi della “stampa in senso tecnico” non consentirebbe – neanche in via analogica – il *sequestro preventivo* del prodotto virtuale¹ si sottrae, così, al giudice penale investito della diffamazione il potere di interrompere gli effetti della “pubblicazione”, potere che, invece, ha il giudice civile consultato ai sensi dell'art. 700 c.p.c.² Insomma, questa volta sembra che il sistema telematico non consenta la tutela cautelare del valore dell'onore, decoro, prestigio, dignità, stima, considerazione della persona e/o di un ente; almeno non in sede penale.

Insomma, il campo è conteso tra chi reputa possibile il “sequestro” preventivo del prodotto virtuale, indipendentemente se esso sia “promanazione” di uguale prodotto cartaceo e chi viceversa esclude tale possibilità; ma, forse, qui si parla impropriamente di sequestro, almeno sul terreno “cautelare”, ove più propriamente si dovrebbe far ricorso ad “oscuramento” o di “deindicizzazione”.

Come si vede l'esito è incerto; e dipende dalla opinione circa la omologabilità della disciplina del 1948 sulla stampa ai “diversi mezzi di diffusione del pensiero”; perciò val la pena di tentare una soluzione condivisibile, in attesa che le Sezioni unite dicano l'ultima parola o che la dica, in via definitiva, il Disegno di legge approvato dal Senato il 29.10.2014, contenente “*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948 n. 47, ecc.*”). Anche perché, nel caso di specie siamo di fronte ad un diritto “sociale”, appunto quello dell'art. 21 Cost, data la sua vocazione a creare – appunto – utilità sociale ben oltre la individualità del diritto, la cui programmaticità non lo priva della cogenza³, grazie a quel primo intervento della Corte costituzionale che provvedeva alla “coercibilità” di disposizioni di natura programmatica, cogenza più

¹ cfr. tra altre, le argomentazioni in Cass., sez. V, n. 10594 del 2013.

² cfr. il recentissimo decreto del Tribunale di Napoli, 2° civile, n. 1184 del 2015.

³ GIOVANNA DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli 2012.

di una volta confermata dalla Corte costituzionale che considera la manifestazione di cui ci interessiamo nella doppia valenza di strumento di informazione e di mezzo per la formazione della persona; natura “superiore”, che sembra ostacolare ogni limitazione ai suoi effetti.

Per carità; il tema della libertà della manifestazione del pensiero è atavico; ed è da sempre complesso e conflittuale, addirittura “viscerale”, essendo “contaminato” (= condizionato) da appartenenze, sentimenti, emozioni, credenze, opinioni, appunto, che fanno pendere da una parte o dall'altra la soluzione, sempre che non si intromettano più condizionanti giudizi morali o fallaci distinzioni di genere (tra *garantisti* e *giustizialisti*) di discussa identificazione (sì; oggi è così), per non dire di dubbia identità.

Il tema è atavico; ma ha radicate matrici storiche e politiche – come ogni norma costituzionale – che possono guidare il percorso ricostruttivo del nostro problema; fondamenti che costituiscono elementi di metodo per la soluzione, anche se la “struttura” si insinua il tema è nuova, frutto della modernità che ora sostiene diverse forme di manifestazione del pensiero, tra cui quelle del mondo telematico, recentemente creato senza una sicura e comune *governance*. Anzi, per De Minico, lo “stato confusionale” in cui versa quel complicato territorio deriva – contraddittoriamente – dalla sua “aspatialità” e dai confini delle regole, spesso dedotte da fenomeni di ben diversa natura.

Ebbene, in questo contrasto tra diritti originari della persona e nuove tecniche di diffusione del pensiero nasce il problema che ci occupa e che attualmente non trova concorde soluzione, nonostante il condiviso presupposto della non assimilabilità tra principi costituzionali e disciplina della legge sulla stampa, cioè tra prodotti cartacei e virtuali.

In siffatto contesto si intersecano tre vicende: il diritto alla libera manifestazione del pensiero, il diritto a non subire offesa dall'esercizio di quel diritto, il diritto di rimuovere – anche in via provvisoria – gli effetti negativi ed i danni di quella manifestazione; e sarà l'esame delle reciproche interferenze dei termini di questo circuito che ci condurrà alla sintesi risolutiva, magari, a cui aspira il giurista in assenza di una soluzione normativa rasserenante.

I termini della questione sono del tutto nuovi, giacché il diritto di manifestazione del pensiero si presenta, oggi, con strumentazioni neanche immaginabili all'epoca dell'Assemblea costituente.

Eppure è questo il presupposto metodologico da cui muovere.

L'idea offre valore metodologico ai lavori ed ai principi che ne qualificarono quella opera in questa materia su cui segnare l'indirizzo che il ragionamento deve coltivare per dissolvere le problematiche connesse a quell'intreccio. Invero, le preoccupazioni che

Alessandro Pace⁴ avverte per la c.d. *interpretazione “per valori”*, se sottrae ogni spazio all'*uso alternativo del diritto*, che ieri indirizzava vecchi testi normativi su rasserenanti sponde costituzionali, certamente non riesce a farsi preferire alla *interpretazione testuale-sistematica*, per l'inevitabile soggettivismo che quel metodo interpretativo contiene. L'interpretazione sistematica, invece, produce prevedibili risultati “rinnovanti”, se l'ermeneuta si mostra consapevolmente *attento agli sviluppi storici* più che alle istanze *giuspositiviste*; ed è questo il metodo che perseguiamo ormai da decenni, essendo profondamente convinti che i risultati sono prodotti dal rapporto strumentale tra storia e politica e dalla loro naturale consequenzialità⁵. Se è così la storicizzazione del contenuto della norma statutaria diventa premessa di ogni ulteriore analisi, giacché in tal modo la situazione si apre alla modernità.

Ebbene. La genesi del *diritto di manifestazione del pensiero* ha rappresentato uno dei simboli più manifesti del nuovo stato democratico. E si radica nella storia immediatamente precedente, nella metà del secolo scorso, quando la filosofia fascista tutelava lo stato autoritario dai suoi contestatori attraverso il divieto di manifestazione del pensiero. Allora la censura era pratica quotidiana e diffusa; selezionava stampa e scritti critici nei confronti del regime; ma, in modo più subdolo, i suoi effetti repressivi creavano una naturale reticenza, un *selfrestraining* psicologico rispetto ad ogni tipo di libertà del pensiero, eliminando, così, pubbliche e private contestazioni.

Eppure, quella libertà era conquista risalente nel nostro Paese, grazie all'Editto sulla stampa dell'8 aprile 1848 che Carlo Alberto promulgò quale strumento per un “compiuto sistema di governo rappresentativo”; ma la forma scelta allora manifesta, ancora oggi, la premessa della storicità del diritto con una singolare apertura ad “ogni altra forma” di manifestazione di pubbliche opinioni.

Storia e politica si confondono nella “costruzione” della disposizione di cui all'art. 21 della Costituzione; che in ragione di esse non poteva avere struttura diversa, né rivolgersi solo alla stampa. La rivoluzione personalistica che lo Statuto democratico realizzava, doveva liberare innanzitutto l'individuo dai limiti esterni ed interni allo sviluppo della sua personalità che avevano caratterizzato l'epoca precedente.

L'art. 21, perciò, solo parzialmente segue la metodologia delle disposizioni che la precedono a tutela dei singoli diritti fondamentali della persona, comunemente qualificate *libertà negative* per l'obbligo dello Stato di astenersi da “invasioni” non previste dalla legge e non “ordinate” da atto motivato della autorità

⁴ Art. 21. *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bo-Roma, 2006.

⁵ cfr. Il nostro, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli 1982.

giudiziaria⁶; tutte, però, possono essere “intaccare” per la tutela di altra libertà o di situazioni di eguale valore costituzionale.

L'art. 21, significativamente, crea una strumentale e singolare dualità, positiva e negativa, dal momento che la “manifestazione” è il diritto di chi esprime il pensiero, ma è anche il diritto di chi da quella attività riceve informazioni (cfr. Corte cost. n. 420 del 1994); ed in ragione di questa reciproca funzione che essa non può essere sottoposto a limiti, se non quelli espressamente previsti dalla stessa disposizione (comma 6); né consente poteri se non quelli “sottrattivi” espressamente previsti secondo un rigido sistema di legalità e per atto motivato dell'autorità giudiziaria (commi 3 e 4).

Di questa doppia identità è testimone la Corte costituzionale, che riconosce alla diffusione informatica la finalità di un interesse generale da rintracciare nello sviluppo della cultura (n. 397 del 2004). Nella sostanza, però, riproducendo risalenti pronunce, si scopre che al tempo in cui comparivano nuovi mezzi diffusivi di natura tecnica, colpevolmente esse apparivano prive di discipline specifiche; e fu così almeno all'inizio. Ma era pacifica l'affermazione di una “indispensabile strumentalità” tra mezzo divulgativo e libertà del pensiero, che in tal modo creava un rapporto finalistico tra strumento e pensiero; non mancava, quindi, accorsata dottrina che, in considerazione di quella relazione, riteneva la libertà dell'art. 21 di forma “mediata”, dipendendo da un generale “diritto al mezzo” di cui il cittadino abbia giuridica disponibilità⁷. La conseguenza di questa rigidità si manifesta nel divieto di analogia di questi strumenti nei casi di manifestazioni *on line*, soprattutto perché si reputano, quelli, misure in *malam partem*,

- nicamente connessi alla stampa; questo si legge nei documenti giurisprudenziali consultati, ormai noti a quanti, direttamente o meno, si sono interessati e si interessano di questi temi [basta leggere l'ultimo, il citato decreto del Tribunale di Napoli, per avere i riferimenti utili per conoscere la complessa problematica].

Nasce in questa visione la distinzione disciplinare connessa alla pluralità di forme utilizzate per la stessa manifestazione del pensiero; si dice, cioè, che la pubblicazione telematica di un giornale cartaceo la sottoporrebbe alla legge sulla stampa, per evitare difformità di trattamento tra disciplina *off line* e/o *on line*, soprattutto quando vi sia sostanziale identità tra i due prodotti; ma si dice, anche, che questa disciplina (r)6sarebbe applicabile ai prodotti telematici “origi -

riflessione; peraltro essa è nota ed è reperibile in precedenti scritti anche nostri].

Su questi presupposti si radica la filosofia personalistica del nostro Statuto democratico; che risolve i conflitti di valore con la “*conciliabilità degli interessi*”, naturale proiezione della filosofia egualitaria che contraddistingue la combinazione delle disposizioni dei primi articoli della Costituzione; con questa filosofia fu scritta la legge n. 62 del 2001 che eguaglia i prodotti editoriali diffusi con mezzi elettronici; con uguale filosofia la giurisprudenza richiede la concretezza del bilanciamento degli interessi⁹; con eguale presupposto si pronuncia la Corte di Strasburgo a proposito dell’art. 10 della Cedu, che costituisce la sintesi tra le disposizioni degli artt. 3 e 21 Cost., stabilendo, anche, la legittimità di “restrizioni e sanzioni” “previste dalla legge” quali “misure necessarie” “alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate”¹⁰.

La testuale dizione del secondo comma dell’art. 10 Cedu, ora riprodotto, è l’elemento ermeneutico su cui fondare la soluzione della fattispecie che esaminiamo, disposizione attratta nel nostro ordinamento dall’art. 117 Cost. su cui si è spesa – con storiche sentenze – la nostra Corte per stabilirne la validità interna.

La soluzione nasce, altresì, dal riconoscimento di limiti “oggettivi” alla libera manifestazione del pensiero in qualunque forma espresso; infatti, la dottrina suole accomunare gli strumenti di quella libertà indipendentemente dal modo di manifestarsi – con la parola, con lo scritto o con “ogni altro mezzo” di diffusione – quali attività serventi al pluralismo culturale ed all’esercizio del diritto di informazione, pur riconoscendo la diversa *ratio* della manifestazione del pensiero e della libertà delle comunicazioni riservate e le consequenziali diverse discipline di tutela penali e processuali.

Come ogni altro diritto costituzionale, la libera manifestazione del pensiero trova oggettive limitazioni nella tutela di altri diritti di pari rango, che la dottrina suole definire “limiti logici”, essendo ricavati da “contrapposti valori” compromessi dall’esercizio della libera manifestazione del pensiero. Ed è appena il caso di aggiungere che il pregiudizio diretto ed immediato deve ricadere su beni costituzionalmente rilevanti, la cui tutela giustifica l’apposizione di corrispondenti limiti ai vari diritti inviolabili.

Tra questi diritti si annoverano *onore e riservatezza*, che costituiscono elementi essenziali della dignità della persona, e che legittimano la punibilità – ovviamente in discipline del tutto differenti – di *affermazioni diffamatorie o di propagazione di notizie segrete*.

Invero, tramite i diritti di libertà, i diritti sociali, i diritti all’uguale trattamento e i diritti di autotutela,

la Costituzione garantisce lo svolgimento della personalità nel mondo esterno, che presuppone l’esistenza di una capacità naturale di percepire il valore sociale dell’onore. In questi termini la più accorta dottrina equipara tutela della dignità umana e sociale e tutela dell’onore, identificate nel nostro sistema costituzionale in quanto, proteggendo il proprio onore, l’uomo tutela la capacità di rivestire funzioni e ruoli sociali e politici, essendo riconosciuto come “soggetto degno” di tali funzioni¹¹.

Sicché, la identificazione tra *prestigio istituzionale* ed *onore individuale* secondo la Corte Costituzionale¹² rappresenta presupposto – e *ratio* – del riconoscimento di limiti alla libera manifestazione del pensiero, se tali “ostacoli” risultano idonei e necessari per la salvaguardia di valori costituzionalmente garantiti. Insomma, è il fondamento costituzionale a legittimare limiti alla manifestazione del pensiero; e tale essenza non può essere negata all’*onore*, che trova tutela negli artt. 3.1 e 41.2 Cost.

Sulla base di siffatte operazioni interpretative si legittima la tutela penale dell’onore, anche, rispetto a forme diffamatorie commesse col mezzo informatico e la tutela cautelare espressamente prevista per la “stampa”, non sulla scorta di operazioni analogiche, comunque legali, ma per il contestuale concerto tra beni costituzionali di eguale valore e per il concreto ed attuale bisogno di limitare il danno dell’azione illecita nei confronti di un bene costituzionalmente protetto.

Sul primo fronte, il ricorso analogico è negato dalla dottrina che lo considera in *malam partem* sul presupposto che l’applicazione del sequestro preventivo previsto per la “carta stampata” estenderebbe a diverso e non regolato strumento di diffusione del pensiero una misura non espressamente prevista dalla legge, in violazione delle riserve (legali e giurisdizionali) stabilite dalla disposizione costituzionale.

Il ragionamento va capovolto; il punto di osservazione della vicenda è di tutt’altro genere, forse opposto. Invero, se si considerano la *finalità* del sequestro preventivo nel caso di specie ed il valore del bene offeso, l’eventuale estensione analogica della misura risulta essenziale ed obbligata, addirittura, in (termini di) *bonam partem*; la misura (*l’oscuramento* o la *deindicizzazione*, se non il sequestro) risulta essere, infatti, l’unico strumento di tutela per il diritto violato e costituisce il modo legale per evitare che il reato produca i suoi effetti; e tutto ciò senza recare danno all’editore né all’informazione, giacché il “documento” non viene distrutto, potendo essere “riesposto” nel caso di buon esito del processo per diffamazione.

Così impostato il problema, la tesi analogica appare esercizio dogmatico a chi intende praticare una linea ermeneutica diversa, che liberi il campo dalla

⁹ Cass. n. 41249 del 2012.

¹⁰ cfr. sentenza 17 luglio 2008.

¹¹ su cui, più diffusamente, Alessandro Pace, *Art. 21, cit.*

¹² cfr. sentenze n. 142 del 1972; n. 28 del 1974; n. 57 del 1983.

pluralità di problemi dai quali sembra che l'impostazione tradizionale non riesca a venir fuori: dalla applicazione (o meno) della legge sulla stampa al rapporto tra pubblicazione cartacea e riproduzione telematica; dal controllo dell'autonoma iscrizione della testata telematica rispetto a quella cartacea (e già; pure questo va considerato ai fini dell'applicabilità di quella legge, così come richiede l'art. 1 del Disegno di legge approvato dal Senato il 29.10.2014 contenente "*modifiche alla legge 8 febbraio 1948 n. 47, ecc.*") al valore restrittivo dell'art. 21 Cost. fondato sulla tecnicità del termine "stampa"; e così via via; tutti quesiti risolti – cioè e soprattutto – dalla giurisprudenza in termini sempre contrapposti, giacché ciascuno presenta soluzioni incompatibili.

Mi orienterei in altra direzione.

Mi orienterei sulla sintesi tra valore cogente della norma programmatica, il contenuto dell'art. 10 Cedu, il livello del bene offeso, la razionalità della disciplina in presenza di un danno mille volte superiore a quello prodotto dalla stampa... cartacea e, contestualmente, sul rifiuto della esistenza di un vuoto legislativo, che, se esistesse, creerebbe incalcolabile danno immediato e diretto. L'una e l'altro, infatti, contengono elementi da cui trarre la convinzione che *il quesito ha precisi referenti normativi di varia natura su cui fondare una interpretazione costituzionalmente orientata.*

Nell'ordine. L'onore trova dalla legislazione costituzionale legittimazione alla protezione penale, per l'elevata gravità che un'azione diffamatoria produce rispetto alle attese sociali della persona offesa ed al riconoscimento della sua dignità.

Su questa convinzione ho sempre respinto l'idea che i delitti contro l'onore possano essere considerati delitti "politici", come tali senza giustificazione costituzionale: pure questo si è sostenuto in passato, sul presupposto che la condotta "diffamatoria" sarebbe comunque espressione del pensiero.

Epperó, ragionando su natura e contenuto del delitto politico pure oltre il detto dell'art. 8 c.p., la tesi è palesemente insostenibile. *Credo, anzi, che chi ricorda la storia abbia memorizzato, ieri, i proclami dei brigadisti e stia attento, oggi, alla diffusione di prodotti ideologici giadisti, essendo questi i delitti politici, cioè manifestazioni del pensiero "politico" di contenuto ideologico solitamente degenerativo dello stato democratico; e auspico che le prospettive depenalizzanti di quella formula non siano "liquidate" con superficialità, così come sembrava dovesse accadere per i delitti contro l'onore, offuscati, allora, dalla distorsione del problema operata su una lettura – appunto – ideologica della manifestazione del pensiero e del diritto di informazione, libertà oggi degenerate nei mille rivoli dei processi mediatici che non hanno nulla a che spartire con il diritto di cronaca o con quello di informazione; quegli show sono esercizio di vanità inconsapevoli dei gravissimi danni che quelle noti-*

zie possono produrre alla giurisdizione. Pure quando fossero vere.

Sulla stessa convinzione ho sempre ritenuto falso, farisaico e strumentale ad un illecito esercizio di diritto costituzionale la presunta contrapposizione tra onore e diritto di informazione: i caratteri di questa non contengono (= non possono contenere) offese alle persone, che consistono nell'esatto opposto di quella "libertà", così come non appartiene al diritto di cronaca la "libertà" di diffondere notizie false e tendenziose.

Nel caso di specie, anzi, la punibilità penale tiene conto, anche, della disparità delle opportunità e dei mezzi tra singolo individuo e potere di diffusione, situazione che rende ancora più grave il problema, tanto più grave, quando la diffusione è sterminata ed incontrollabile, grazie allo strumento mediatico ed alla sua longevità.

In questi termini la condotta di ingiuria o di diffamazione non muta se diretta o se diffusa a voce o se contenuta in un articolo oppure se provalata per via telematica; è questa la ragione per cui l'art. 68 Cost. protegge pensiero e manifestazione della funzione politica, lì dove maggiore libertà (peraltro oggi esasperata) è necessaria; ma pure in questo caso la Camera di appartenenza valuta la corrispondenza tra detto "offensivo" e libera manifestazione del pensiero politico.

Per queste ragioni costituzionalmente orientate reputo parziale il disegno di legge approvato dal Senato, che, nella sostanza, "mercifica" l'onore e la dignità della persona, tranne per la opportuna previsione dell'ultimo articolo che prevede – appunto – il "potere" dell'"interessato" (*quindi, anche prima della sentenza definitiva?*) di chiedere "l'eliminazione dei contenuti diffamatori"; previsione che in qualche modo dovrebbe orientare la giurisprudenza del periodo intermedio, anche se proprio essa sembra smentire la praticabilità di discipline cautelari già in vigore.

Mi preoccupa questo disegno perché trasferisce nell'area economica la tutela dell'onore; mi preoccupa il risvolto psicologico della "minorata difesa" dell'onore, che sembra creare una sorta di "licenza di mentire" a cui può darsi riparo con smentite e multe quando il danno è già prodotto; mi preoccupa che ciò avvenga per "tutelare" un potere forte dimostrando di non credere più nella forza preventiva del sistema penale, o, all'opposto, di voler abbassare la tutela dell'onore della persona.

Eppure, secondo la filosofia penale che da tempo caldeggiamo, non possiamo non plaudire al legislatore che – finalmente – si libera del sistema carcerario centrico, contraddittoriamente, in verità, con altri settori, anche di minore gravità. Ma forse è un buon auspicio.

È tempo di concludere.

I documenti in giro – e noti a tutti – in qualche modo evidenziano due radicali irrazionalità: quella

della differente applicabilità del sequestro preventivo a seconda se l'offesa sia cartacea o mediatica; e quello della praticabilità della disciplina civilistica anche al secondo caso, disciplina idonea a raggiungere – con maggiori risorse e tempo – eguale risultato della misura penalistica, se fosse ritenuta applicabile.

Mi convince quell'insieme di situazioni a cui ho fatto cenno; il metodo comparativo di valori di pari "tono" sul terreno costituzionale; la storicizzazione del contenuto della disposizione dell'art. 21 Cost.; il più chiaro significato dell'art. 10 Cedu e la giurisprudenza che lo sostiene; la necessità di interrompere gli effetti del reato sia pure in via provvisoria e cautelare; ovviamente: la presenza del *fumus* e del *periculum* (nella fattispecie entrambi *in re ipsa*); il danno

prodotto in via immediata ed attuale; il bisogno di evitare che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze; e, quindi, la necessità di una tutela cautelare non altrimenti realizzabile e la dichiarata finalità di simile "strumento", sono tutti *elementi generali, vigenti e razionali già presenti nel nostro ordinamento; ad essi bisogna far riferimento per riconoscere (in esso) la pre-disposizione di misura cautelare penale (l'oscuramento, appunto, o la deindicizzazione dello specifico testo) per la fattispecie di cui si discute, peraltro già indicata in una legge in progress.*

Questi elementi, insomma, militano a favore di una interpretazione costituzionalmente orientata, a cui si aderisce, incondizionatamente.

Sull'inoppugnabilità delle ordinanze di incompetenza del G.I.P. (art. 22, c.p.p.) *Nota a Cass. sez. un. pen., 9 ottobre 2014, n. 42030*

abstract

The ordinance may be considered unappeable when the judge, during the preliminary investigation, has declared his lack of jurisdiction and returns the documents to the Public Prosecution office.

keywords

The principle of legal certainty, ordinance, unappeable.

abstract

L'ordinanza può essere considerato insindacabile quando nel corso delle indagini preliminari, il Giudice delle indagini preliminari, riconosce la propria incompetenza e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero.

parole chiave

Il principio della certezza del diritto, ordinanza incompetenza, inoppugnabilità.

Impugnazioni – Ordinanza di incompetenza – art. 22 co. 1 c.p.p. – Inoppugnabilità

È inoppugnabile, salvo che sia abnorme, l'ordinanza con la quale, nel corso delle indagini preliminari, il giudice, ai sensi dell'art. 22, comma 1, c.p.p., riconosce la propria incompetenza e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Cass., sez. un. pen., 9 ottobre 2014, n. 42030

Pres. G. Santacroce, Rel. M. Vessichelli

(Omissis)

RITENUTO IN FATTO

1. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Como ha proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa il 4 ottobre 2013 dal locale Tribunale, con la quale era stato rigettato l'appello presentato ai sensi dell'articolo 322-*bis* c.p.p.

Tale impugnazione di merito aveva avuto ad oggetto l'ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Como che aveva disatteso – con pronuncia di sola incompetenza – la richiesta di sequestro preventivo dei beni di M.G., R.B., V.S. e M.S., indagati del reato di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, articolo 2, (dichiarazione fraudolenta, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore ag-

giunto, mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti).

Il sequestro preventivo era stato richiesto in vista della confisca di cui all'articolo 322-*ter*, consentita dalla legge finanziaria del 2008 (Legge 24 dicembre 2007, n. 244, articolo 1, comma 143) anche nella materia fiscale in esame, in relazione al profitto o al prezzo del reato ovvero a beni, di cui il reo abbia la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

Ad avviso del p.m., la richiesta era da formulare al G.I.P. di Como, ritenuto competente in ragione del fatto che i reati riferiti agli odierni indagati erano da reputare connessi teleologicamente, *ex* articolo 12 c.p.p., comma 1, lettera c), ad altro reato – quello *ex* articolo 8 dello stesso decreto (emissione delle fatture per operazioni inesistenti, finalizzate, appunto, a consentire a terzi la evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto) – precedentemente iscritto a carico del coindagato R.M., in separato procedimento, di non contestata competenza della A.G. di Como.

Si era in presenza, cioè, di reato – quello *ex* articolo 8 – commesso per eseguirne altri – quelli *ex* articolo 2 – con la conseguenza che da tale connessione sarebbe derivata la attrazione di tutti i reati nella competenza del Tribunale di Como.

Ed invero, il criterio della connessione sarebbe stato destinato a prevalere, secondo la prospettazione del p.m. richiedente – fermo il rilievo che sia il delitto *ex* articolo 2 che quello del Decreto Legislativo n. 74 del 2000, *ex* articolo 8, sono di pari gravità, e fermi altresì i differenziati criteri di determinazione della competenza per territorio previsti nello stesso Decreto Legislativo relativamente all'una e all'altra fattispecie (per l'articolo 8, valendo il criterio speciale del luogo di accertamento del reato, quando non è possibile regolarsi secondo il criterio generale sulla competenza per territorio, *ex* articolo 8 c.p.p., e cioè quando non è possibile determinare il luogo "in cui il reato è stato consumato", corrispondente a quello di redazione materiale delle fatture false: così, il Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 18, comma 1; e, per l'articolo 2, valendo il luogo del domicilio fiscale dei dichiaranti: così, il decreto cit. articolo 18, comma 2) – dovendo trovare applicazione la seconda regola sulla competenza per territorio determinata da connessione, di cui all'articolo 16 c.p.p., comma 1, seconda parte, nel sen-

so che, per tutti i reati sopra menzionati, la cognizione avrebbe dovuto essere attribuita al giudice competente per il primo reato. E cioè per il reato di cui all'articolo 8 che è quello ravvisato in relazione alla emissione delle fatture, logicamente e cronologicamente presupposto dalla fattispecie della utilizzazione delle stesse. In conclusione, secondo il p.m., il G.I.P. di Como.

Il G.I.P. di Como era stato, però, di diverso avviso, osservando, da un lato, che la richiesta di sequestro preventivo nei confronti di R non poteva essere accolta per questioni attinenti alla configurabilità del *fumus* del reato nei confronti di tale indagato (la confisca per equivalente, essendo misura di natura sanzionatoria, non poteva trovare applicazione retroattiva, con riferimento a fatti ritenuti commessi in data anteriore rispetto a quella di entrata in vigore della Legge n. 244 del 2007), mentre, d'altra parte, la misura riguardante gli altri soggetti, indagati per la Legge n. 274 del 2000, articolo 2, era di competenza del giudice del luogo del domicilio fiscale dei dichiaranti. Al riguardo, il G.I.P. riteneva di adeguarsi ai principi espressi nella sentenza Sez. 3, n. 8552 del 29/02/2012, Lombardi, Rv. 252761, sostenendo che non si applica il criterio della competenza per connessione ai sensi dell'articolo 12 c.p.p., lettera c), quando i reati siano stati commessi da soggetti diversi: infatti, in tal caso, mancherebbe l'unità del processo volitivo tra il reato mezzo e il reato fine, previsto dal nesso teleologia), e sarebbe possibile solo individuare una ipotesi di connessione eventualmente probatoria, che non produce spostamento di competenza, tanto più che l'interesse dell'imputato alla trattazione unitaria dei procedimenti per reati connessi teleologicamente non potrebbe pregiudicare quello del coimputato a non essere sottratto al giudice naturale.

Su tale punto della richiesta aveva dunque dichiarato con ordinanza la propria incompetenza a provvedere.

2. Contro tale ordinanza, limitatamente, però, al solo punto della affermata incompetenza dichiarata dal G.I.P. in ordine ai fatti contestati a B., G., S. e S., il p.m. aveva proposto appello *ex* articolo 322-*bis* c.p.p.

Aveva osservato che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sopra evocato non è univoco, essendovi pronunzie contrarie (così Sez. 6, n. 37014 del 23/09/2010) e che nemmeno il testo letterale della norma sulla connessione esige la interpretazione data dal G.I.P., dopo che vi era stata la riforma che aveva espunto il riferimento alla circostanza che i più reati finalisticamente connessi dovessero essere stati commessi da "una sola persona".

3. Il Tribunale adito ha, invero, preliminarmente ritenuto condivisibile la tesi del p.m. appellante e ha dunque riconosciuto, in adesione ai principi espressi nella sentenza Sez. 6 n. 37014 del 2010, ed in contrasto con il G.I.P., che, in linea generale, ai fini della configurabilità della connessione teleologica, non è

richiesto che debba esservi identità tra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo.

Tuttavia, ha anche osservato che, nella materia dei reati tributari, dovesse trovare applicazione il criterio attributivo della competenza per territorio, fissato dal Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 18, comma 2, secondo cui il reato di cui al citato articolo 2 si considera consumato nel luogo in cui il contribuente ha il domicilio fiscale: si tratterebbe, infatti, di criterio speciale, idoneo a derogare alle norme generali, anche quelle sulla competenza per connessione contenute nel codice di rito.

4. Il p.m. ha impugnato, con ricorso, tale ordinanza, denunciando, in premessa, la erronea applicazione dell'articolo 12 c.p.p., lettera c), e articolo 16 c.p.p., nonché del Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 18.

Ha osservato che, pur avendo il Tribunale condiviso la tesi per cui può ravvisarsi connessione teleologica anche tra reati commessi da persone diverse, lo stesso giudice aveva proposto una lettura delle norme fiscali, in tema di competenza, non condivisibile.

Infatti l'articolo 18 citato dal Tribunale detta regole sulla competenza per territorio, ora a connotato integrativo di quelle generali del codice, ora a connotato eccezionale, comunque determinate dalla peculiarità dei reati tributari e dalla difficoltà di adeguare ad esso le ordinarie regole sulla competenza per territorio, senza però che tale disciplina possa ritenersi capace di incidere sull'istituto della connessione.

Questo rappresenterebbe un criterio determinativo della competenza, con la caratteristica della autonomia e della pari dignità con gli altri, tanto da essere stato ritenuto compatibile con il principio del "giudice naturale precostituito per legge" (Corte cost., sent. n. 21 del 2013) e non derogabile se non per effetto di esplicita manifestazione di volontà del legislatore (come nel caso del Decreto Legislativo n. 274 del 2000, articolo 4, comma 1, in tema di reati di competenza del giudice di pace).

Ha concluso evidenziando tutti i connotati di rilievo per la operatività, nel caso concreto, della competenza per connessione.

5. La Terza Sezione penale, assegnataria del ricorso, ha, con ordinanza del 18 marzo 2014, ritenuto rilevante e decisiva, ai fini del provvedimento da adottare, la risoluzione del contrasto giurisprudenziale sul tema dei limiti di operatività dell'articolo 12 c.p.p., lettera c), riguardante la connessione tra reati commessi, gli uni, per eseguire gli altri: sul se, cioè, detta norma sia destinata ad operare soltanto quando vi sia identità tra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo.

Ha citato, a sostegno della tesi accreditata dalla sentenza della Sezione 3 sopra citata (ric. Lombardi, Rv 252761), anche le conformi sentenze della Sez. 1, n. 3799 del 1991, Barretta, Rv 188844; Sez. 1, n. 3385 del 1995, Pischetta, Rv 200701; Sez. 1, n. 1495 del

1998, Archine, Rv 212270; Sez. 1, n. 19066 del 2004, Leonardi, Rv, 228654; Sez. 1, n. 23591 del 2008, Avitabile, Rv 240205.

In senso contrario ha ricordato la sentenza della Sez. 6, n. 37014 del 2010, Della Giovampaola, Rv 248746 e quella della Sez. 5, n. 10041 del 1998, Altissimo, Rv 211391, alle quali ritiene di aderire in considerazione, essenzialmente, del rilievo che la formulazione dell'articolo 12, lettera c), ha subito una modifica ad opera del Decreto Legge n. 367 del 1991, (convertito dalla Legge n. 8 del 1992), proprio nel senso di vedere eliminato il riferimento al caso dell'unico imputato o dei medesimi imputati concorrenti, presente nella precedente versione.

6. Il Primo Presidente, con Decreto dell'8 aprile 2014, ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite, fissandone la trattazione per la odierna udienza, in vista della quale il difensore di S. e S., avv. M.C., ha depositato una memoria con cui ha chiesto la inammissibilità o il rigetto del ricorso del p.m., nella prospettiva della interpretazione dell'articolo 12, lettera c), a suo tempo rappresentata dal G.I.P.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite è la seguente: "Se ai fini della connessione teleologia, prevista dall'articolo 12 c.p.p., lettera c), sia o meno richiesta l'identità fra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo".

2. Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Preliminare alla trattazione del merito della impugnazione sottoposta alle Sezioni unite, risulta, infatti, l'apprezzamento di una causa di inammissibilità che inficiava l'appello, del p.m., che aveva dato luogo al provvedimento qui impugnato.

Va rilevata in questa sede, così come previsto dall'articolo 591 c.p.p., comma 4, la inoppugnabilità della ordinanza di incompetenza del G.I.P., inoppugnabilità che avrebbe potuto e dovuto essere, in limine, dichiarata dal giudice adito con appello *ex* articolo 322-*bis* c.p.p., e che, non essendolo stata, deve essere dichiarata in ogni stato del procedimento.

Invero, inammissibile l'appello proposto, l'ordinanza del Tribunale di Como risulta per ciò stesso delegittimata per mancanza di un valido atto propulsivo e non può essere esaminata nel merito, dovendo invece essere espunta dal procedimento, con annullamento senza rinvio.

La inammissibilità, apprezzata da questa Corte ed evidenziata nelle sue conclusioni, anche dal Procuratore generale di udienza, è dunque quella che concerne l'appello che, come nella specie, sia stato proposto al tribunale contro una ordinanza del G.I.P., dichiarativa di sola incompetenza ai sensi dell'articolo 22 c.p.p., comma 1.

3. Il G.I.P., adito nel corso delle indagini preliminari con richiesta di decreto di sequestro preventivo,

aveva riconosciuto la propria incompetenza ed aveva, sul punto, pronunciato ordinanza, disponendo la restituzione degli atti al Pubblico ministero il quale, come sancito dal comma 2 della stessa norma, era ed è rimasto vincolato dalla decisione del giudice, limitatamente al provvedimento richiesto: non privato, cioè, della titolarità del potere di proseguire le indagini presso il proprio Ufficio, ma del solo strumento cautelare reale che aveva sollecitato e comunque destinatario di una dichiarazione di incompetenza del Giudice delle indagini preliminari basata su un principio di diritto che, nelle fasi successive del processo, avrebbe potuto e potrebbe indubbiamente essere ripreso e condizionarne lo svolgimento.

Di qui, l'indubbio interesse processuale del p.m. a reagire alla ordinanza del G.I.P.

Senonché, è da escludere che, nel vigente sistema, ad ogni interesse a reagire, legittimamente configurato, corrisponda necessariamente uno strumento di impugnazione.

3.1. Opera nella materia, infatti, il generale principio di tassatività dei "casi" e dei "mezzi" di impugnazione, posto dall'articolo 568 c.p.p., comma 1, secondo cui, appunto, la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti ad impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati. Più precisamente opera, *ex* articolo 591 c.p.p., comma 1, lettera b), la sanzione della inammissibilità per la violazione del principio di tassatività dei "casi" di impugnazione ("quando il provvedimento non è impugnabile"), essendo, il principio di tassatività dei "mezzi" di impugnazione, temperato e regolato dal coesistente principio di necessaria riqualificazione, quando è possibile, ai sensi dell'articolo 568 c.p.p., comma 5.

D'altra parte, il principio in questione non ha incontrato, ad opera della giurisprudenza, altre limitazioni, tantomeno per effetto di interpretazione analogica che è strumento non ammesso nella materia in esame.

3.2. Ed è indubbio che l'articolo 22 cit. non contenga la previsione della impugnabilità della ordinanza di incompetenza pronunciata nel corso delle indagini preliminari, disciplinando comunque il meccanismo della restituzione degli atti al p.m. senza che, dalla decisione negativa sulla competenza, derivi direttamente alcuna forma di stallo delle indagini in corso.

La giurisprudenza di legittimità si è già espressa, più volte, nel senso della inoppugnabilità, in casi di dichiarata incompetenza sia per territorio che funzionale, con ordinanza (v. Sez. 6, n. 4386 del 15/11/1994, Sisinni, Rv. 200848; Sez. 6, n. 598 del 01/03/1993, Formica, Rv. 193913; Sez. 5, n. 1509 del 30/09/1992, Bartolomucci, Rv. 192278; Sez. 1, n. 3477 del 22/09/1992, Zazza, Rv. 192042).

3.3. La stessa giurisprudenza, in realtà, si è spinta oltre affermando un più generale principio di non im-

pugnabilità di tutti i provvedimenti negativi di competenza, abbiano essi la forma di sentenza o quella di ordinanza, e sottolineando come una simile conclusione possa e debba fare leva sull'articolo 28 c.p.p., ossia sulla norma che – come, del resto, anche l'articolo 51 del codice di rito abrogato – riserva a tali provvedimenti, anche in sede di esecuzione, esclusivamente la elevazione del conflitto di competenza (Sez. 1, n. 1746 del 15/06/1990, Desiderio, Rv. 184954, conforme ad una tradizione giurisprudenziale dello stesso tenore affermatasi nella vigenza del vecchio codice: Rv. 177325; Rv. 176122; Rv. 152783).

Sulla stessa linea si rinviene, senza contrasto alcuno, Sez. 6, n. 619 del 08/11/1995, Burali, Rv. 203373; e più di recente, Sez. 1, n. 15792 del 17/01/2011, Campanella, Rv. 249962; Sez. 6, n. 9729 del 14/11/2013, Federici, Rv. 259251, quest'ultima relativa proprio ad ordinanza dichiarativa di incompetenza.

4. Invero, numerose di tali decisioni e, tra le altre, quest'ultima, oltre al principio di tassatività in tema di impugnazioni, hanno condivisibilmente fatto ricorso, per sostenere la decisione sulla inoppugnabilità, anche a quello eccezzuativo espresso dall'articolo 568, comma 2: norma che, nel sancire la inoppugnabilità delle sentenze sulla competenza che possono dare luogo a conflitto di competenza a norma dell'articolo 28 c.p.p., è stata, dalla giurisprudenza di questa Corte, ritenuta dotata di portata precettiva che prescinde dalla forma del provvedimento (sentenza/ordinanza), poiché il profilo dirimente è che si tratti di pronuncia sulla competenza.

4.1. Si tratta di principio che riproduce quello già iscritto in termini analoghi nell'articolo 190 c.p.p., comma 2, così come modificato, con Legge 18 giugno 1955, n. 517, per inserire nel codice quanto previsto dall'articolo 111 Cost.

Una norma, quella dell'articolo 190, comma 2, che come sottolineato dalle Sezioni unite nella sentenza n. 7415 del 13/07/1985, Dassià, Rv. 170194, aveva riaffermato la regola generale della tassatività delle impugnazioni nel senso della inoppugnabilità dei provvedimenti per i quali non sia previsto uno speciale mezzo di impugnazione, ma poi, proprio per effetto della novella, aveva anche sovvertito la suddetta regola per quanto concerneva i provvedimenti sulla libertà personale e le sentenze, fissando infine una tassativa eccezione alla eccezione, per quanto riguardava le sentenze che potevano dare luogo ad un conflitto di giurisdizione o competenza “ai sensi dell'articolo 51 c.p.p.” 1930.

Ebbene, in tale sentenza, i cui principi – compreso quello che qui interessa – sono in gran parte ancora validi e condivisibili, ci si soffermò – sostenendola – sulla generale inoppugnabilità delle sentenze sulla competenza, in ragione della possibilità di ricorso a conflitto, comprese quelle che “possono” dare luogo a conflitto di competenza tra la pronuncia medesima e la even-

tuale contrastante valutazione sul punto di competenza da parte del nuovo giudice investito della causa.

Le Sezioni unite esclusero, cioè, che, in ordine al tema della “possibilità di conflitto di competenza” richiesta per la non ricorribilità in cassazione della sentenza, potesse essere condivisa la tesi della giurisprudenza minoritaria (v. Sez. 5, n. 3303 del 15/12/1977, Passalacqua, Rv. 138398), secondo cui, a precludere la ricorribilità per cassazione della sentenza sulla competenza potesse essere solo un conflitto già attuale, determinato dalla già registrata pronuncia contrastante di due giudici sulla competenza.

Sottolinearono, infatti, che una simile tesi era preclusa, tra l'altro, dalla lettera dell'articolo 190 c.p.p., comma 2, 1930 (riprodotta nel vigente articolo 568, comma 2) che eccezzuava dalla ricorribilità anche tutte le sentenze “che possono dare luogo” e non già soltanto quelle che diano luogo a conflitti di competenza.

La sentenza delle Sezioni unite, seguita da tutte quelle successive senza nuovi contrasti (vedi, fra le molte, Sez. 1, n. 3808 del 22/02/1994, Minore, Rv. 196985) è stata poi reiterata, nei suoi principi, dalla giurisprudenza formatasi sul codice vigente (Sez. 1, n. 3768 del 31/05/1996, D'Amico, Rv. 205510; Sez. 6, n. 2037 del 21/12/1992, Grieco, Rv. 193283).

4.2. Ebbene, tornando al tema che qui interessa e cioè alla possibilità di risolvere il quesito sulla inoppugnabilità del provvedimento che nega la competenza, anche alla luce dell'articolo 568 c.p.p., comma 2, va citata anche la decisione assunta in tal senso da Sez. 1, n. 789 del 06/02/1996, Anzalone, Rv. 203985, che pone ancora una volta in risalto, appunto, come anche l'ordinanza del giudice della udienza preliminare in tema di competenza per territorio (nella specie era stata respinta la eccezione di incompetenza) non sia impugnabile, sia perché ciò è espressamente escluso dall'articolo 568 c.p.p., comma 2, – che si riferisce alle sentenze sulla competenza, ma la cui *ratio* è per analogia applicabile anche alle ordinanze, sia perché tal genere di decisione può dar luogo a conflitto, per il cui componimento è prevista la specifica procedura di cui agli articoli 28 e seguenti c.p.p.

Si è poi coerentemente chiarito, in altra decisione, che l'espressa previsione – di cui all'articolo 568 c.p.p., comma 2, – di non impugnabilità delle statuizioni concernenti la competenza trova ragione nel fatto che, trattandosi di pronunzie che possono dar luogo a conflitto di competenza, esse non soffrono di alcuna lacuna di garanzia giurisdizionale, rispondendo lo strumento processuale di verifica ad una scelta del legislatore, secondo criteri di razionalità, speditezza e di opportunità processuale (Sez. 6, n. 2556 del 26/06/1995, Bruno, Rv. 202468).

4.3. In conclusione, va riconosciuto, uniformemente del resto alla dottrina, che il codice vigente ha ribadito che le pronunzie sulla competenza sono, di regola, sottratte al generale regime delle impugnazioni

ma affidate alla normativa in tema di conflitti, sollevabili anche di ufficio quando ne ricorrano effettivamente i presupposti: una regolamentazione che individua quale giudice esclusivo la Corte di cassazione, deputata alla tutela di un interesse che è sottratto – a differenza di quello sotteso alle impugnazioni – alla disponibilità delle parti.

5. Tanto premesso, può evidenziarsi che, nel caso di specie, il conflitto potrebbe instaurarsi se il nuovo G.I.P., investito dal p.m. al quale l'omologo avesse trasmesso gli atti per il rinnovo della domanda cautelare, si ritenesse a sua volta incompetente, essendo a tal fine disponibile lo strumento del conflitto “nel caso analogo” di cui all'articolo 28, comma 2, operativo in situazioni diverse da quelle del “processo”.

5.1. Non ricorrono invece situazioni come quella della abnormità del provvedimento di incompetenza che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, dando vita ad un provvedimento che esula dal sistema processuale, non può imporsi al giudice indicato come competente e potrebbe legittimare le parti non al conflitto ma al solo ricorso per cassazione (Sez. 1, n. 4794 del 09/07/1999, Chiantese, Rv. 214285).

Questa ipotesi, invero, insieme al caso del provvedimento sulla competenza capace di dare luogo al conflitto positivo di cui all'articolo 28 c.p.p., comma 3, o, ancora, a quello di provvedimenti, ad esempio, affermativi della competenza, in differenti gradi di giudizio ed in diversi processi, sullo stesso fatto (caso risolto da Sez. 1, n. 3899 del 26/05/1999, Busi, Rv. 213946), rappresentano altrettante fattispecie – la prima legata alla situazione concreta e le altre a previsioni normative – che vanno a dare corpo alla previsione di cui all'articolo 568, comma 2, sui provvedimenti in materia di competenza, che essendo sottratti al regime dei conflitti rientrano in quello generale delle impugnazioni.

La ordinanza in questione, invero, era stata non solo adottata nel pieno esercizio dei poteri – in tema di dichiarazione di incompetenza – attribuiti dall'articolo 22 c.p.p., comma 1, ma, per di più, basata su una interpretazione normativa accreditata, fino a quel momento, dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria e che certo impediva la collocazione della ordinanza al di fuori del sistema; inoltre, sia pure nella sola parte motiva, quel provvedimento individuava il giudice ritenuto, invece, competente. Sicché, anche sotto tale profilo, era a escludere l'abnormità (affermata, in giurisprudenza, tra le molte, da Sez. 1, n. 38394 del 18/09/2009, Vecchio, Rv. 244835; Sez. 6, n. 2442 del 28/06/1999, Pellegrini, Rv. 214078) per mancata indicazione del presupposto che avrebbe consentito l'insorgere di un conflitto e quindi l'accesso alla procedura ex articolo 30 c.p.p.

6. La inopponibilità della ordinanza in questione, in applicazione del principio di tassatività delle impugnazioni, discende anche, d'altra parte, dal rilievo che, al silenzio mantenuto, sul punto, dal legislatore fa da

contrappunto la opposta scelta che, con positiva disposizione, coerente con il disposto dell'articolo 568 c.p.p., comma 1, ha riguardato altro genere di ordinanze adottabili nel procedimento o nel processo.

Così è per l'ordinanza di archiviazione ex articolo 409 c.p.p., comma 6, ricorribile, o per quella di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare che l'articolo 304 c.p.p., comma 2, ha qualificato come appellabile.

6.1. Semmai, proprio tale ultima previsione consente di affermare che le disposizioni generali sulla impugnabilità delle misure cautelari, sia personali sia reali, contenute negli articoli 309, 310, 322 e 322-*bis* c.p.p., non esauriscono e non “coprono” tutta la materia cautelare ma vanno integrate con i principi generali (che solo per i provvedimenti sulla libertà personale sono presidiati dalla garanzia costituzionale della ricorribilità per cassazione, tradotta nel disposto condizionato dell'articolo 568 c.p.p., comma 2) e/o con statuizioni speciali eventualmente formulate su singoli istituti (nel medesimo senso, ed in applicazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, v. Sez. un., n. 3 del 03/02/1995, Gallo, Rv. 200116, che ha negato la impugnabilità separata di eventuali provvedimenti interlocutori emessi prima della decisione conclusiva del riesame; Sez. un., n. 23 del 20/11/1996, Bassi, Rv. 206656, che ha escluso la autonoma riesaminabilità del decreto di perquisizione).

Con la precisazione, quanto alla norma dell'articolo 322-*bis* c.p.p., tenuto conto della estrema genericità della espressione utilizzata dal legislatore, che nella locuzione “ordinanze in materia di sequestro preventivo” – appellabili – rientrano certamente quelle che negano la adozione della misura richiesta dal p.m., sul presupposto della mancanza di uno o più dei requisiti di legittimazione (*fumus*, esigenze cautelari), anche nelle fattispecie nelle quali tale mancanza si riverberi, facendolo venire meno, sul requisito della competenza.

La previsione di appellabilità contenuta nell'articolo 322-*bis* c.p.p., non riguarda invece le ordinanze che – pur risolvendosi in una indiretta negatoria del provvedimento cautelare reale – si esauriscano in una pura dichiarazione di incompetenza. Per queste, infatti, la mancata previsione di specifica impugnabilità si coniuga ed è coerente col sistema dei conflitti di competenza il quale è disciplinato nel Capo V, Titolo I, Libro I, del codice di rito, subito dopo quello dedicato ai provvedimenti sulla competenza del giudice.

In tale prospettiva vanno richiamate quelle sentenze di legittimità che si sono pronunciate su fattispecie nelle quali, al tribunale, non era stata devoluta la mera questione sulla (in)competenza ma il diverso e preliminare tema dei requisiti del provvedimento cautelare, ritenuti dal G.I.P. – con decisione contestata sul punto – insussistenti nel caso sottopostogli e capaci, pertanto, di far venire meno la necessaria competenza a provvedere.

In tal senso di veda la fattispecie decisa con sentenza della Sez. 3, n. 25500 del 23/04/2009, Islami, Rv. 243904, nella quale oggetto dell'appello era stata la questione della sola urgenza a provvedere ad opera del giudice pacificamente incompetente, il quale sotto tale unico profilo, aveva declinato la domanda cautelare.

Allo stesso modo, si veda Sez. 5, n. 2453 del 17/04/2000, Baldini, Rv. 216544, che, nel caso del G.I.P., che richiesto dell'applicazione di una misura cautelare, si dichiara incompetente a provvedere, non perché individui la competenza di altro giudice, ma a seguito di una valutazione di merito attinente all'esistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato per il quale la misura era stata richiesta, ha riconosciuto la appellabilità del relativo provvedimento sul presupposto che si trattasse di sostanziale rigetto (conforme, Sez. 1, n. 2576 del 28/05/1993, Galati, Rv. 194636).

Si tratta di casi nei quali è stato, pure, dichiarato inammissibile, per l'assenza dei presupposti che lo radicano, il conflitto di competenza fra giudici per le indagini preliminari che abbiano rigettato entrambi la domanda cautelare del p.m., in quanto e se il rigetto disposto dal giudice che ha sollevato il conflitto non sia fondato su ragioni di competenza, bensì di merito, atteso che una simile decisione non determina alcuna stasi nel procedimento, potendo il medesimo p.m. proseguire nelle indagini ed eventualmente proporre le impugnazioni ritenute necessarie (Sez. 4, n. 2770 del 20/12/2000, Gavazzi, Rv. 218482).

7. Neppure può dirsi che la ricorribilità per cassazione potesse, nella specie, farsi derivare dalla natura del provvedimento, dovendosi considerare che, pur trattandosi di ordinanza, non vi è motivo di ipotizzare la necessità del ricorso, per la sua adozione, alla procedura camerale partecipata ex articolo 127 c.p.p. – con ciò, che avrebbe potuto conseguire in tema di ricorribilità del provvedimento, peraltro ai soli sensi del comma 5 e 7 della norma stessa – atteso che non vi è richiamo a tale norma nell'articolo 22 c.p.p., e, comunque, la decisione sulla richiesta di provvedimento cautelare reale avviene, per ovvie ragioni, di regola, inaudita altera parte. In senso analogo v. Sez. 1, n. 1663 del 11/06/1990, Carriera, Rv. 184743.

8. È vero, piuttosto, che il provvedimento con il quale il giudice, nel corso delle indagini preliminari, si pronuncia sul provvedimento richiesto, eventualmente dichiarando la propria incompetenza, è stato previsto nella forma dell'ordinanza – a differenza di quello che viene pronunciato dopo la chiusura delle indagini preliminari, ai sensi dell'articolo 22 c.p.p., comma 3, – per la natura meramente incidentale del ruolo svolto e per la cognizione limitata, la quale è condizionata dalla fluidità delle indagini in corso.

Con la conseguenza che, per i limitati casi regolati dall'articolo 22 c.p.p., commi 1 e 2, è prevista comunque la restituzione degli atti al p.m., il quale, data

la natura del provvedimento allo stato degli atti, non incontra alcuna preclusione ad una diversa valutazione della competenza nella eventualità di rinnovate e diverse richieste.

Il pubblico ministero, così come non può sollecitare al proprio giudice, durante le indagini preliminari, una dichiarazione di incompetenza, attesa la evidente inutilità di un simile provvedimento (in tal senso v. Sez. 1, n. 3882 del 30/05/1997, Salierno, Rv. 207948) dovendo egli, piuttosto, ove ritenga tale incompetenza, trasmettere gli atti all'ufficio del p.m. presso il giudice competente, allo stesso modo deve operare quando veda opporsi, dal giudice adito per il singolo atto, una dichiarazione di incompetenza, in occasione della sollecitazione di un singolo atto.

Questo è il solo strumento apprestato dall'ordinamento vigente.

La giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di osservare, con orientamento rimasto univoco, che nel caso della dichiarazione di incompetenza che qui ci occupa, il p.m. il quale ritenga irrinunciabile e necessario il provvedimento rifiutato dal giudice per ragioni di competenza, non può avvalersi né dello strumento della impugnazione, né di quello del conflitto di competenza "in caso analogo", posto, sotto tale ultimo profilo, che l'articolo 28 c.p.p., sul punto, come chiarito anche nella Relazione al Progetto preliminare del codice di rito, ha evitato di includere nella nozione di conflitto i casi di contrasto tra pubblico ministero e giudice, innovando rispetto al sistema previgente.

Il p.m., infatti, nella ipotesi dell'articolo 22, commi 1 e 2, ha il potere (così Sez. 1, n. 406 del 19/02/1990, Facchineri, Rv. 183662, ripresa da Sez. 1, n. 2828 del 07/04/1999, Di Lorenzo, Rv. 213491) – anche in deroga alla designazione da parte dell'ufficio del p.m. sovraordinato ai sensi dell'articolo 54 del nuovo codice – soltanto di rimettere gli atti all'ufficio del p.m. ritenuto competente, perché richieda al G.I.P. presso il quale svolge le sue funzioni, il provvedimento ritenuto necessario, non potendosi, infatti, non ravvisare in tale situazione una ragione legittima di deroga anche all'efficacia vincolante della designazione da parte del p.m. sovraordinato. L'accoglimento della richiesta del provvedimento da parte del diverso G.I.P. investito risolverà, almeno nella fase dello svolgimento delle indagini preliminari, il problema, mentre il diniego in conseguenza di una dichiarazione di incompetenza, determinerà il concretizzarsi di una situazione evidente di conflitto, la quale sarà rilevata dal giudice stesso oppure potrà essere denunciata dal p.m. per essere rimessa alla cognizione della Cassazione.

Si tratta, invero, di una lettura dell'articolo 28 c.p.p., condivisa anche dalla prevalente dottrina che esattamente pone in evidenza la esistenza dell'articolo 28, comma 3, il quale, nel negare legittimità ad uno specifico caso di conflitto positivo di competenza nel corso delle indagini preliminari (quello di competenza

per territorio determinata da connessione), non impedisce secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, una interpretazione opposta per tutti gli altri casi, diversi da quello espressamente menzionato, e quindi finisce per sancire la legittimità del conflitto di competenza tra contrastanti provvedimenti dei giudici durante le indagini preliminari.

9. Ancora, è utile osservare come la non necessaria impugnabilità dei provvedimenti del G.I.P., di rigetto delle richieste del p.m., costituisca una realtà tutt'altro che rara nel panorama del codice.

Così è, per rimanere nel solo campo dei rapporti tra p.m. e G.I.P., per l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che, respingendo la richiesta di archiviazione, disponga, per la stesa ipotesi di reato, la formulazione della imputazione da parte del pubblico ministero (Sez. 1, n. 21060 del 12/05/2010, Charon, Rv. 247577); il provvedimento dello stesso G.I.P., di rigetto della richiesta di intercettazioni telefoniche (Sez. 6, n. 44877 del 12/11/2008, Perca, Rv. 241853); il provvedimento del G.I.P., di rigetto della richiesta del p.m., di riaprire le indagini a seguito della disposta archiviazione (Sez. 5, n. 30620 del 26/06/2008, Lerda, Rv. 240441); la ordinanza di inammissibilità, emessa dal G.I.P., della richiesta di incidente probatorio (Sez. 4, n. 42520 del 07/10/2009, Antonelli, Rv. 245780); l'ordinanza del G.I.P. che decide sulla richiesta di proroga del termine per la conclusione delle indagini preliminari (ex plurimis, Sez. 6, n. 18540 del 08/05/2012, C, Rv. 252721, conforme a Sez. un, n. 17 del 06/11/1992, Bernini, Rv. 191787).

10. Non è dissonante con la conclusione qui raggiunta, la sentenza delle Sezioni unite, n. 19 del 25/10/1994, De Lorenzo, Rv. 199393 (sul punto recettiva dei principi espressi da Sez. un., n. 14 del 20/07/1994, De Lorenzo, Rv. 198218, e seguita da una giurisprudenza prevalentemente adesiva) in tema di riconoscimento del necessario sindacato, anche mediante impugnazione, sulla eventuale incompetenza, per qualsiasi causa, del giudice che abbia disposto la misura cautelare: sentenza emessa, invero, in tema di sindacato sulle misure cautelari personali ma basata anche su principi, quale quello di cui all'articolo 27 c.p.p., esplicitamente resi validi, dal legislatore, in tema di misure cautelari reali.

Tale decisione ha, invero, esaminato la ipotesi della avvenuta emissione della misura cautelare da parte del giudice poi dichiaratosi (ex articolo 27 c.p.p.) o sospettato (dalla difesa impugnante) essere incompetente ed ha inteso porre in risalto la rilevanza processuale della competenza del giudice in relazione a qualsiasi provvedimento dallo stesso assunto.

Le Sezioni unite, cioè, muovendo dal basilare rilievo che la competenza, quale limite della giurisdizione, è un presupposto processuale indissociabile dalla funzionale attività del giudice e sottolineando, in particolare, il dovere della Corte di cassazione di verificare

comunque la legittimità del provvedimento cautelare emesso – anche nella ipotesi in cui il tribunale del riesame l'abbia trascurata – hanno riaffermato la necessità del controllo giurisdizionale sulla competenza anche nella fase delle indagini preliminari: come principio agganciato e operativo, dunque, nei confronti di una misura cautelare che sia stata adottata, sia pure in una prospettiva che se non è – secondo il sistema adottato dal codice vigente – quella dell'annullamento, in presenza di apprezzata incompetenza, è comunque quella della rimozione differita degli effetti quando non sia stata regolarmente seguita la procedura di investitura del giudice competente.

La legittimazione al controllo, da parte del giudice della impugnazione, nella fase delle indagini preliminari, sulla competenza del giudice della misura cautelare è stata perciò affermata, in giurisprudenza, come corollario del sindacato sui vizi di legittimità della misura cautelare stessa, derivanti dal mancato rispetto delle norme codicistiche espressamente citate, e non come strumento di sindacato sulla decisione, in generale, in tema di competenza/incompetenza.

Per sostenere ciò, infatti, le Sezioni unite hanno fatto richiamo a precetti, come quelli contenuti negli articoli 26 e 27 cod. proc. pen. (oltre che a quelli ex articoli 279 e 291, comma 2, cod. proc. pen., nonché 111 Cost., utili, però, ad illustrare il solo tema del sindacato riguardo a provvedimenti sulla libertà personale) che concernono e regolano, per l'appunto, il positivo esercizio del potere di emissione di misure cautelari, anche da parte di giudice che si dichiara o sia dichiarato – nella sede superiore – incompetente e che, per ciò stesso, è legittimato a provvedere solo in presenza del requisito della urgenza richiesta per la tutela delle esigenze cautelari. Quello che può formare oggetto di controllo giurisdizionale in alternativa a quello della affermata competenza.

Hanno, in tale specifica ottica, posto in risalto che “sarebbe difficile sostenere l'irrelevanza della competenza del giudice in relazione all'adozione di un provvedimento cautelare, perché ciò equivarrebbe a negare il sindacato giurisdizionale sulla competenza in una materia nella quale sono in gioco fondamentali ed irrinunciabili diritti del cittadino”.

11. In relazione alla decisione assunta, può dunque enunciarsi il seguente principio di diritto: “è inopugnabile, salvo che sia abnorme, l'ordinanza con la quale, nel corso delle indagini preliminari, il giudice, ai sensi dell'articolo 22 c.p.p., comma 1, riconosce la propria incompetenza e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero”.

12. La inammissibilità dell'appello proposto, dal pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 322-bis c.p.p., oltre a dare luogo alla rilevazione della illegittimità della ordinanza del tribunale che ne è conseguita, comporta anche la necessaria declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione contro quest'ultima,

attesa la sopravvenuta carenza di un provvedimento impugnabile.

P.Q.M.
(*Omissis*)

***Nota sentenza

sommario

Introduzione. – **1.** Il principio di tassatività applicato alle impugnazioni. – **2.** L'ordinanza del G.I.P. ex art. 22, c. 1, c.p.p. – **3.** Rapporti fra G.I.P. e P.M. – **4.** Il principio di diritto enunciato. – **5.** Il quesito: la corretta applicazione degli artt. 12, lett. c), 16 c.p.p., e art. 18 d.lgs. n. 74 del 2000. – **6.** La Corte costituzionale. – **7.** Conclusioni.

Introduzione

Le Sezioni unite nella pronuncia in commento si sono occupate degli esatti termini applicativi dell'art. 12, lett. c) c.p.p., dettato in tema di connessione teleologica rispondendo, in particolare, al quesito se, ai fini della normativa citata, sia o meno necessaria l'identità degli autori del reato fine e quelli del reato mezzo.

A fronte della chiarezza del quesito posto, tuttavia, la Corte Suprema si è limitata a dichiarare il ricorso inammissibile, senza pronunciarsi nel merito. La sentenza ha, comunque, fornito una valida occasione per soffermarsi sulla causa di inammissibilità rilevata, concernente l'impugnabilità o meno dell'ordinanza dichiarativa di incompetenza emessa dal G.I.P., ai sensi dell'art. 22, c. 1, c.p.p.

Nel caso sottostante alla sentenza dei Giudici di Piazza Cavour, infatti, il P.M. aveva proposto appello ai sensi dell'art. 322-*bis* c.p.p., avverso l'ordinanza del G.I.P. di sola dichiarazione di incompetenza, disattendendo nel merito la richiesta di sequestro preventivo dei beni degli indagati ai fini della confisca di cui all'art. 322-*ter* c.p. Essendo la citata ordinanza atto per definizione inoppugnabile ed essendo, pertanto, inammissibile l'appello proposto avverso la stessa, quest'ultima, secondo l'impostazione patrocinata dalla Corte, risultava «delegittimata per mancanza di un valido atto propulsivo e in quanto tale non suscettibile di esame nel merito» in sede di legittimità.

1. Il principio di tassatività applicato alle impugnazioni

È in tale contesto che i giudici di Piazza Cavour riportano l'attenzione di tutti i giuristi e degli operatori di diritto sui principi fondamentali del nostro sistema penale, ineludibili criteri di orientamento in un corretto processo di ermeneusi delle norme.

Nello specifico, la parte motiva ruota attorno al principio di tassatività, sancito a chiare lettere, con particolare riferimento alle impugnazioni, dall'art. 568 c.p.p., c. 1, la cui violazione comporta l'inammissibilità ai sensi dell'art. 591 del codice di rito.

Corollario del principio di legalità, il principio di tassatività persegue la finalità di garantire la certezza dell'ordinamento penale e, conseguentemente, la sicurezza del cittadino dinanzi allo Stato che agisce nei suoi confronti; in quest'ottica, tale principio preserva la comunità da ogni arbitrio del potere giurisdizionale.

Il principio di legalità, con i suoi tre corollari di riserva di legge, di tassatività e di irretroattività della legge più sfavorevole, si qualifica quale fondamento dello Stato di diritto moderno. Affondando le radici nel pensiero illuministico, rappresenta il cardine delle parole di Cesare Beccaria, ispirazione dei moderni giuristi, il quale affermava che «le leggi sono le condizioni colle quali gli uomini indipendenti ed isolati si riunirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dalla certezza di conservarla».

2. L'ordinanza del G.I.P. ex art. 22, c. 1 c.p.p.

Riprendendo con ordine il processo motivazionale delle Sezioni unite, primariamente la riflessione deve prendere spunto sia dal comma primo dell'art. 568 c.p.p. secondo cui «la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti ad impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati», che concretizza il principio di tassatività in materia di impugnazioni, sia dalla disciplina e dal dato letterale dell'art. 22 c.p.p., c. 1, il quale così recita: «Nel corso delle indagini preliminari il giudice, se riconosce la propria incompetenza, per qualsiasi causa, pronuncia ordinanza e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero».

Dal chiaro tenore del combinato disposto appena citato, si evince con tutta evidenza che a seguito dell'ordinanza del G.I.P. di dichiarazione di incompetenza nella fase delle indagini preliminari e senza entrare nel merito della richiesta di misura cautelare avanzata, il codice di rito prevede la restituzione degli atti al P.M. In questa maniera, l'organo inquirente rimane vincolato alla decisione del giudice limitatamente al provvedimento richiesto, ma resta nella piena titolarità del potere di proseguire le indagini.

Consolidata giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha specificato sul punto un ulteriore potere in capo all'organo inquirente, consistente nella possibilità, qualora ritenga assolutamente necessario il provvedimento richiesto al giudice poi dichiaratosi incompetente, di trasmettere gli atti all'ufficio del p.m. ritenuto competente il quale, a sua volta, potrà avanzare richiesta di misura cautelare al G.I.P. L'accoglimento della richiesta da parte di quest'ultimo risolverà, almeno in questa fase, il problema di competenza; diversamente, un ulteriore diniego potrebbe generare una evidente situazione di conflitto, disciplinata dalla previsione di cui all'art. 28 c.p.p.¹

¹ Cass., sez. I pen., n. 409/1990.

Tornando a focalizzare l'attenzione sul dato letterale, l'art. 22 c.p.p., con la stessa chiarezza con cui prevede un'esplicita facoltà in capo al p.m. al fine di evitare qualsivoglia situazione di stallo delle indagini, parimenti, evidentemente non in modo casuale, tace in merito ad un ipotetico potere di impugnazione della ordinanza emessa.

Seguendo questo *iter* logico, i giudici della Suprema Corte sostengono che "dovendo escludere che nel nostro sistema ad ogni interesse a reagire corrisponda necessariamente uno strumento di impugnazione" la corretta interpretazione non può prescindere dall'applicazione del principio di tassatività enunciato dall'art. 568, c. 1, c.p.p., in combinato disposto con la sanzione, in caso di violazione, dell'inammissibilità sancita dall'art. 591, c. 1, lett b), «quando il provvedimento non è impugnabile».

A sostegno della enunciata teoria, un'ulteriore argomentazione viene fornita dal principio eccezzuativo di cui al secondo comma dell'art. 568 c.p.p., che sancisce l'inoppugnabilità delle sentenze che decidono sulla competenza, salvo quelle che «possono dare luogo a conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'art. 28 c.p.p.».

In merito, la giurisprudenza ha inteso estendere il principio eccezzuativo non solo alle sentenze in quanto tali, ma ad ogni forma di provvedimento negativo di competenza, in quanto, non essendo attributivo di competenza al giudice designato, comporta, nel caso in cui il secondo giudice declini a sua volta la competenza, l'elevazione del conflitto ai sensi dell'art. 28 c.p.p.²

Specificano, infatti, le Sezioni unite che il secondo comma dell'art. 568 c.p.p. è stato ritenuto di portata precettiva a prescindere dalla forma del provvedimento (sentenza/ordinanza), poiché dirimente è che si tratti di pronuncia sulla competenza.

Né può ravvisarsi alcuna lacuna di tutela giurisdizionale, proprio perché le sentenze che possono dar luogo a conflitto di competenza, come anche di giurisdizione, vengono sottoposte al vaglio della Corte di cassazione. Nel caso, invece, in cui non si abbia conflitto, la questione relativa alla competenza ben potrà essere prospettata dinanzi al giudice che procede, nonché dedotta come motivo di appello. Per tali ragioni, lo strumento processuale scelto dal legislatore appare coerente con i criteri di razionalità, speditezza e di opportunità processuale.

Non sembra privo di pregio, peraltro, sottolineare, che la giurisprudenza di legittimità è da sempre pacifica, già nella vigenza del precedente codice di rito, il cui art. 190, c. 2, è stata trascritta nell'attuale 568, c. 2. Le Sezioni unite del 1985, infatti, non condivisero la tesi della giurisprudenza minoritaria secondo cui a

precludere la ricorribilità per Cassazione della sentenza sulla competenza potesse essere solo un conflitto già attuale, in quanto ritennero che la locuzione «possono dar luogo», esattamente analoga a quella attuale, non potesse far riferimento alle sole pronunce che avessero già dato luogo a conflitto.

Numerose sono state le pronunce conformi a tale principio anche successivamente all'entrata in vigore dell'odierno codice di rito: *ex multis*, Cass., sez. I pen., n. 3768 del 1996; Cass., sez. VI pen., n. 2037 del 1992; Cass., sez. I pen., n. 789 del 1996, puntualmente citate dalle Sezioni unite. L'ultima, in particolare, pone l'attenzione proprio sulla lettera del secondo comma dell'art. 568 c.p.p. e sull'eventuale conflitto di competenza, il cui componimento, come più volte ribadito, viene disciplinato dall'art. 28 c.p.p.

I giudici della sentenza in commento, pertanto, optano per l'adesione alla tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria, ribadendo che il codice vigente sottrae le pronunce sulla competenza al generale regime delle impugnazioni, affidandole alla normativa in tema di conflitti, sollevabili anche di ufficio, qualora ne ricorrano effettivamente i presupposti.

3. Rapporti fra G.I.P. e p.m.

Che così sia lo si rileva anche dalla lettura sistematica del codice di procedura penale che induce ad evidenziare un'ulteriore spunto di riflessione. Da un lato, il legislatore, ogniqualevolta abbia ritenuto opportuno e necessario sottoporre al regime generale delle impugnazioni anche talune ordinanze, l'ha previsto espressamente; dall'altro, non sono rari i casi in cui le ordinanze emesse dal G.I.P. sono inoppugnabili. Si pensi all'ordinanza di archiviazione *ex art.* 409, c. 6, c.p.p. ricorribile, o a quella di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, qualificata come appellabile ai sensi dell'art. 304, c. 2, c.p.p. Diversamente, nell'ambito dei rapporti fra p.m. e G.I.P., inoppugnabile è il provvedimento di quest'ultimo di rigetto della richiesta di intercettazioni telefoniche, come anche l'ordinanza di inammissibilità della richiesta di incidente probatorio.

Continuano nell'ordito argomentativo le Sezioni unite affermando, altresì, che, sempre in tema di misure cautelari, è stata riconosciuta la legittimazione al controllo, da parte del giudice dell'impugnazione, sulla competenza del giudice della misura cautelare stessa, solo quale corollario diretto del sindacato sui vizi della legittimità della medesima, ma non come sindacato sulla decisione in materia di competenza. Si vuole in tal modo sgombrare il campo da dubbi o da applicazioni "allargate" di principi, invece, circoscritti e delineati a ben precisi ambiti.

Nel caso in cui, come in quello di specie, il giudice abbia limitato la propria pronuncia alla sola dichiarazione di incompetenza, senza in alcun modo entrare nel merito della richiesta di misura cautelare avanzata,

² Cass. pen., sez. V, n. 14892/2010; Cass. pen., sez. IV, n. 46571/2004.

la normativa analizzata detta in chiari termini il principio di inoppugnabilità.

4. Il principio di diritto enunciato

Altrettanto chiaro, secondo le Sezioni unite, è che non si possa, in tali ipotesi, parlare di provvedimento abnorme, che potrebbe invece giustificare il sindacato del giudice dell'impugnazione.

Ed infatti, si definisce abnorme quel provvedimento inficiato da anomalie genetiche o funzionali che ne impediscono l'inquadramento negli schemi normativi tipici e lo rendono incompatibile con le linee del sistema processuale, così come sono altresì definiti abnormi, da costante giurisprudenza di legittimità, i provvedimenti che, per stranezza e singolarità del contenuto, si pongono del tutto al di fuori dall'ordinamento.

Sul punto, la Suprema Corte aveva inoltre specificato, con sentenza sez. VI, n. 1525 del 1999, che per la contestazione dei provvedimenti sulla competenza, stante il principio di tassatività, il codice non appresta mezzi per l'intervento di un giudice superiore diversi da quelli del conflitto nelle specifiche ipotesi in cui è previsto. È evidente che l'elaborazione giurisprudenziale circa la predisposizione di strumenti per la tutela delle parti in caso di provvedimenti abnormi trovi la sua *ratio* proprio nell'esigenza di supplire al principio di tassatività delle impugnazioni in presenza di provvedimenti atipici, che, collocandosi al di fuori dell'ordinamento, sfuggono a qualsivoglia previsione normativa.

Facendo applicazione delle coordinate sin qui esposte, conclusivamente, le Sezioni unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «è inoppugnabile, salvo che sia abnorme, l'ordinanza con la quale, nel corso delle indagini preliminari, il giudice, ai sensi dell'art. 22, comma 1 c.p.p., riconosce la propria incompetenza e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero».

5. Il quesito: la corretta applicazione degli artt. 12 lett. c) e 16 c.p.p., e art. 18 del d.lgs. n. 74 del 2000

Chiarita in questi termini la questione relativa all'impugnabilità o meno dell'ordinanza dichiarativa di incompetenza emessa dal G.I.P., resta ora da soffermarsi sul quesito originariamente sottoposto all'attenzione dei giudici di Piazza Cavour.

La vicenda trae origine dall'ordinanza emessa dal G.I.P. di Como con la quale il giudice, pronunciandosi solo sulla propria incompetenza, aveva disatteso la richiesta di sequestro preventivo dei beni dei tre indagati per il reato di dichiarazione fraudolenta, *ex art. 2, d.lgs. n. 74 del 2000*, formulata dal p.m.

Secondo la tesi dell'accusa, il giudice adito aveva errato dichiarandosi incompetente, in quanto i fatti contestati agli indagati risultavano connessi teleologicamente ad altro reato (emissione di fatture inesistenti, finalizzate a consentire a terzi l'evasione di imposte di

valore aggiunto, *ex art. 8, d.lgs. n. 74 del 2000*), commesso da altro soggetto iscritto precedentemente nel registro degli indagati in separato procedimento.

Si era, pertanto, secondo l'impostazione accusatoria, in presenza di un reato, quello relativo all'emissione di fatture false (*ex art. 8, d.lgs. n. 74 del 2000*), commesso per eseguirne degli altri (*art. 2, d.lgs. n. 74 del 2000*), cosa che avrebbe dovuto far prevalere il criterio della connessione.

Il G.I.P., diversamente opinando, sosteneva di non poter applicare il criterio della connessione qualora, come nel caso specifico, si fosse stati in presenza di reati che, seppur connessi teleologicamente, erano stati commessi da soggetti diversi, mancando, in tal caso, l'unità del processo volitivo fra reato fine e reato mezzo.

Proponeva il p.m. appello *ex art. 322-bis c.p.p.* limitatamente alla dichiarazione di incompetenza dichiarata dal G.I.P.. In tale sede, la Corte territoriale, pur ritenendo condivisibile la tesi del p.m. osservava che in materia di reati tributari doveva trovare applicazione il criterio *ex art. 18, d.lgs. n. 74 del 2000*, ritenuto speciale rispetto a quelli sulla competenza per connessione dettati dal codice di rito. Ancora una volta, il p.m. impugnava tale pronuncia, denunciando la erronea applicazione degli artt. 12, lett c) e 16, c.p.p. e dell'art. 18 su citato.

Al fine di meglio inquadrare la questione, occorre preliminarmente precisare che la competenza in materia di reati tributaria è speciale e, per quanto ispirata alla disciplina dettata dal codice di procedura penale, trova la propria norma di riferimento nell'art. 18 del d.lgs. n. 74 del 2000.

Per questa particolare materia, il legislatore ha previsto criteri diversificati a seconda della tipologia di illecito commesso, preoccupandosi di individuare, altresì, il criterio suppletivo del giudice del luogo di accertamento del reato, qualora i criteri enunciati non risultassero applicabili.

Specifica, inoltre, all'ultimo comma dell'art. 18, in relazione al reato previsto dall'art. 8, c. 2, d.lgs. n. 74 del 2000 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), che «se le fatture o gli altri documenti per operazioni inesistenti sono stati emessi o rilasciati in luoghi rientranti in diversi circondari, è competente il giudice di uno di tali luoghi in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che ha provveduto per primo a iscrivere la notizia di reato nel registro previsto dall'articolo 335 del codice di procedura penale».

Chiamata a pronunciarsi in merito, la terza sezione penale delle Corti di cassazione, avendo il p.m. lamentato l'erronea applicazione degli artt. 12, lett c), 16 c.p.p., nonché dell'art. 18 d.lgs. n. 74 del 2000, dando atto del contrasto giurisprudenziale, riteneva di dover rimettere alle Sezioni unite la questione, al fine di dirimere il contrasto interpretativo esistente.

6. La Corte costituzionale

Invero, tale auspicio era già stato espresso dalla Corte delle leggi con sentenza n. 21 del 2013, allorché la stessa era stata chiamata a pronunciarsi su eventuali profili di incostituzionalità delle disposizioni degli artt. 12, lett. c) e 16 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 25 Cost.

In tale occasione, la Corte aveva avuto modo di ripercorrere l'evoluzione legislativa dell'art. 12, lett. c), c.p.p., soffermandosi sia sul dato letterale della norma, sia sul principio costituzionalmente garantito del giudice naturale precostituito per legge.

Infatti, nella sua versione originaria, l'art. 12 c.p.p. stabiliva, in maniera inequivocabile, che vi era connessione «se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire o occultare altri».

La formula «una persona» non lasciava margini interpretativi di sorta, per cui il nesso teleologico avrebbe comportato spostamenti della competenza nei termini degli artt. 15 e 16 c.p.p. esclusivamente in caso di reati ascrivibili allo stesso soggetto.

Due sono state le successive modifiche legislative. La prima nel 1991 con d.l. n. 367, convertito nella l. n. 8 del 1992, che, sopprimendo il riferimento esplicito alla identità dell'autore, ha sostituito l'espressione personale con una più impersonale «se dei reati per cui si procede», ha ampliato la portata oggettiva della norma aggiungendo la cosiddetta connessione occasionale con la locuzione «reati commessi in occasione di altri», nonché, da ultimo, ha aggiunto un ulteriore profilo finalistico: «la finalità di conseguimento, anche per altri, del profitto, del prezzo e del prodotto o dell'impunità ad altri reati».

La seconda modifica legislativa, intervenuta un decennio dopo, ha espunto i riferimenti ai profili finalistici e alla connessione occasionale, senza, tuttavia, ripristinare il chiaro riferimento alla identità dell'autore antecedente alle riforme.

Attualmente, quindi, la norma così recita: «vi è connessione se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o occultarne altri».

All'indomani delle modifiche, una parte della giurisprudenza di legittimità, nonostante il cambiamento del dato testuale, continuava a ritenere come necessaria la identità del soggetto agente, portando a sostegno due valide argomentazioni: la prima, secondo la quale in caso di eterogeneità di autori mancherebbe l'unità del processo volitivo fra reato fine e reato mezzo; la seconda, basata sulla considerazione per cui l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria dei reati legati dal vincolo finalistico dinanzi al giudice naturale non potrebbe pregiudicare il medesimo interesse del coimputato probabilmente sottratto al proprio giudice naturale garantito costituzionalmente.

Quest'ultima argomentazione trae origine dall'esigenza di evitare che il coimputato per un reato meno

grave si trovi a subire un processo dinanzi ad un giudice del tutto estraneo e diverso da quello del *locus commissi delicti*, in deroga al principio costituzionale di cui all'art. 25.

A riguardo, la Corte costituzionale aveva avuto modo di specificare nel 2006, con sentenza n. 168, che per giudice naturale deve intendersi quello prefigurato dalla legge, ovvero, detto in altri e più chiari termini, che i criteri per la ripartizione della competenza siano stabiliti dalla legge prima della commissione del fatto.

Tradizionalmente, la coincidenza del giudice naturale con il giudice ritenuto competente in applicazione del criterio del *locus commissi delicti* risponde ad una duplice ragione: la prima, di stampo squisitamente sostanziale, consistente nell'ovvia opportunità di ristabilire la legge nel luogo in cui è stata violata; la seconda, di stampo processuale, identificabile nella possibilità di raccogliere in modo più agevole il materiale probatorio ove è stato commesso il fatto illecito.

Il secondo opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità, seppur minoritario, affonda il suo convincimento proprio nel dato letterale dell'art. 12 c.p.p., all'indomani della modifica.

Si afferma, infatti, che la modifica legislativa troverebbe la sua ragion d'essere proprio nel voler ampliare la portata dei casi di connessione soggettiva, precedentemente disciplinata in modo assai più restrittivo.

Il criterio per la configurabilità di siffatte ipotesi di connessione sarebbe rappresentato dal solo nesso teleologico, in quanto la nuova disposizione, applicandosi alla sola ipotesi in cui i reati siano stati commessi per occultarne degli altri, individua un legame di natura oggettiva, a prescindere dall'identità dell'autore.

7. Conclusioni

La Consulta, tuttavia, con la su citata pronuncia n. 21 del 2013, aveva concluso per l'inammissibilità della questione costituzionale proposta, ribadendo un principio fondamentale e ben consolidato nel nostro ordinamento e nella giurisprudenza della stessa Corte, secondo cui «non si dichiarano leggi costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali», auspicando, altresì, un intervento dei giudici di nomofilachia, al fine di avvalorare una scelta interpretativa a sfavore di un'altra.

Come già chiarito, non avendo le Sezioni unite potuto esaminare nel merito la questione, si può solo auspicare che venga risolto il contrasto in materia limitandosi, al momento, ad applicare la disciplina desumibile dalla normativa vigente, coerentemente con i precetti costituzionali.

Angela Tocci
Avvocato

Ne bis in idem e sanzioni disciplinari dell'ordinamento penitenziario Nota a Tribunale di Brindisi, Sezione penale, 17 ottobre 2014, n. 2881

abstract

[The rule of article 649, Paragraph 2, c.p.p.] can be interpreted as considering operating the preclusion of public prosecution, applied for a same offense against the same subject, even for the sanctions applied to the same case in proceedings, qualified as administrative or disciplinary one, which assume, on the other hand, pursuant to articles 6 ECHR and 4 Protocol 7 of the ECHR, as interpreted by the Court in Strasbourg, the nature of criminal proceedings.

keywords

Ne bis in idem – Offense damage, ex article c.p. – Infringements and disciplinary prison sanctions – Isolation prison and damage – criminal proceedings according to the Court in Strasbourg – Formal legality – Mandatory prosecution.

abstract

[La disposizione dell'art. 649, comma 2, c.p.p.] può essere interpretata nel senso di ritenere operativa l'improcedibilità dell'azione penale, esercitata per un medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto, anche a fronte di sanzioni applicate per lo stesso fatto in procedimenti, qualificati amministrativi o disciplinari, che assumono, di contro, ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 protocollo 7 della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, la natura di procedimenti penali.

parole chiave

Ne bis in idem – Danneggiamento, ex art. 635 c.p. – Infrazioni e sanzioni disciplinari penitenziarie – Isolamento e risarcimento del danno – Nozione convenzionalmente orientata di materia penale – Legalità formale – Obbligatorietà dell'azione penale.

Trib. di Brindisi, Sez. penale, sentenza 17 ottobre 2014, n. 2881

Dott. Giuseppe Biondi
(Omissis)

FATTO E DIRITTO

Con decreto di citazione diretta a giudizio, emesso dal P.M. in sede in data 25.9.2013, G.G. veniva rinviato a giudizio per rispondere del reato ascrittogli in rubrica.

L'udienza del 24.1.2014 veniva rinviata per l'impedimento dell'imputato detenuto per altra causa.

All'udienza del 11.7.2014, presente l'imputato, detenuto per altra causa, veniva aperto il dibattimento e venivano ammesse le prove. Quindi, veniva escusso il teste isp. R.P. Di seguito veniva effettuato l'esame dell'imputato. All'esito venivano disposte alcune acquisizioni documentali.

All'odierna udienza, dato atto delle acquisizioni documentali e della rilevanza delle stesse ai fini del decidere, dichiarato chiuso il dibattimento, le parti, dopo la discussione, hanno concluso come in epigrafe riportato.

L'isp. di polizia penitenziaria R.P. ha riferito che in data 21.3.2009, appena giunto presso una delle sezioni della Casa Circondariale di Brindisi, udiva un forte rumore proveniente da una cella. Si trattava della cella in fondo alla sezione, dove era detenuto G.G. Appena giunto, l'ispettore notava che il G. aveva rotto alcune suppellettili in legno in dotazione alla cella, in particolare uno sgabello e uno scrittoio. Il G. era solo in cella. Si trattava di oggetti nuovi, perché da poco il reparto era stato ristrutturato.

L'imputato G., nel corso delle sue dichiarazioni spontanee, poi di fatto tramutate in esame, ha ammesso sostanzialmente il fatto. Ha riferito che non si aspettava di essere denunciato; invero, l'ispettore gli diceva se voleva pagare i danni ovvero se gli faceva il rapporto disciplinare, ed egli manifestava preferenza per il rapporto disciplinare, volendo conservare il poco denaro guadagnato nel periodo di detenzione. Invece, non solo scontava una sanzione disciplinare pari a giorni quindici di isolamento, ma gli veniva anche sottratto il denaro guadagnato nel periodo di detenzione.

Dalla documentazione acquisita emerge che effettivamente G.G. veniva sottoposto ad un procedimento disciplinare ai sensi degli artt. 77 n. 13, 81 d.P.R. 230/2000 e 33 n. 2), 39 n. 5), 40, comma 2, legge 354/75 proprio in relazione al danneggiamento delle suppellettili presenti nella sua cella in data 21.3.2009. Il procedimento si concludeva con la sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune per la durata massima di quindici giorni, che il G. scontava dal 15.4.2009 al 30.4.2009.

Inoltre, ai sensi degli artt. 24, 32, ultimo comma, legge 354/75 e 72 DPR 230/00, al G. veniva prelevato

a titolo di risarcimento del danno arrecato all'Amministrazione la somma di €. 341,00 a fronte di un danno calcolato in €. 422,74.

Giova evidenziare che in concreto la sanzione disciplinare irrogata al G. consisteva nel divieto di comunicare con i compagni, nel divieto di accettare generi alimentari contenuti nel pacco, nel divieto di acquistare al servizio di sopravvittu generi alimentari, nel divieto di svolgere i colloqui nei locali in comune con la restante popolazione carceraria. Inoltre, ai sensi dell'art. 33 n. 2) O.P. al G. durante l'esecuzione della sanzione disciplinare era applicato l'isolamento continuo.

Secondo la dottrina, anche il risarcimento del danno è da annoverare fra le sanzioni disciplinari, tenuto conto che per potere essere applicato occorre pur sempre valutare la colpa del responsabile (art. 72 d.P.R. 230/00) ed è normalmente ricollegato ad un illecito disciplinare.

In conclusione, per lo stesso fatto (il danneggiamento di suppellettili di proprietà dell'Amministrazione penitenziaria, commesso in data 21.3.2009) il G. subiva una complessiva sanzione disciplinare costituita da giorni quindici di esclusione dalle attività in comune e il versamento di una somma di denaro pari ad €. 341,00.

Il G., nel corso delle sue spontanee dichiarazioni, ha chiaramente affermato che credeva di essere già stato giudicato e condannato per la sua illecita condotta, e non pensava che sarebbe stato pure denunciato all'A.G. e sottoposto ad un ulteriore procedimento penale.

Nella sua semplicità, l'imputato ha sollevato una questione di *bis in idem*, che assume un indubbio rilievo alla luce dell'art. 4 protocollo 7 della CEDU.

Come è noto, infatti, questa disposizione prevede testualmente quanto segue:

“1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dallo stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della convenzione”

Recentemente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la nozione di *idem* contenuta nell'art. 4 protocollo 7 della CEDU deve essere intesa come stessi fatti, cioè come identità dei fatti materiali (Corte EDU, grande camera, 10.2.2009, Zolotoukhine c. Russia).

La Corte, peraltro, ha anche ritenuto che la riserva che lo Stato Italiano avrebbe espresso per quanto riguarda l'applicazione degli articoli 2-4 del protocollo n. 7 non soddisfa le esigenze di cui all'art. 57 della Conven-

zione, che recita: *«1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo.*

2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione.»

Invero, per essere valida, una riserva deve presentare i seguenti requisiti: 1) deve essere fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati; 2) deve riguardare leggi ben precise in vigore all'epoca della ratifica; 3) non deve essere di carattere generale; 4) deve contenere una breve esposizione della legge interessata. Dunque, l'articolo 57 § 1 della Convenzione esige da parte degli Stati contraenti «precisione e chiarezza», e, chiedendo loro di presentare una breve esposizione della legge in questione, tale disposizione non enuncia un «semplice requisito formale» ma stabilisce una «condizione sostanziale» che costituisce «un elemento di prova e, allo stesso tempo, un fattore di sicurezza giuridica». Per «riserva di carattere generale», l'articolo 57 intende in particolare una riserva redatta in termini troppo vaghi o ampi per poterne valutare con precisione il senso e il campo di applicazione. Il testo della dichiarazione deve permettere di valutare esattamente la portata dell'impegno dello Stato contraente, in particolare per quanto riguarda le categorie di controversie previste, e non deve prestarsi a diverse interpretazioni. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la riserva in questione non contiene una «breve esposizione» della legge o delle leggi asseritamente incompatibili con l'articolo 4 del Protocollo n. 7. Dal testo della riserva si può dedurre che l'Italia ha inteso escludere dal campo di applicazione di tale disposizione tutti gli illeciti e le procedure che non sono qualificati come «penali» dalla legge italiana. Ciò non toglie che una riserva che non invoca né indica le disposizioni specifiche dell'ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure dal campo di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 non offra sufficienti garanzie che non andrà oltre le disposizioni esplicitamente escluse dallo Stato contraente. Al riguardo, la Corte ha rammentato che nemmeno difficoltà pratiche notevoli nell'indicazione e nella descrizione di tutte le disposizioni interessate dalla riserva possono giustificare l'inosservanza delle condizioni dettate dall'articolo 57 della Convenzione. Di conseguenza, la riserva invocata dall'Italia non può ritenersi che soddisfi le esigenze dell'articolo 57 § 2 della Convenzione e, quindi, è da ritenersi nulla (Corte EDU, grande camera, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia).

La Corte di Strasburgo ha poi affermato che, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», e, quindi, di verificare se un soggetto è stato sottoposto nello Stato membro due volte a procedimento

penale per lo stesso fatto, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione» (Corte EDU, 8.6.1976, Engel e altri c. Paesi Bassi). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6 § 1 CEDU, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale».

Facendo applicazione di questi principi, la Corte dei diritti umani ha riconosciuto esplicitamente in un caso italiano la violazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 protocollo 7 della CEDU (cfr. la già citata Corte EDU, grande camera, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia). In questo caso, i medesimi soggetti erano stati sottoposti a due procedimenti, uno amministrativo, da parte della CONSOB, per violazione dell'art. 187-ter d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, e l'altro penale per violazione dell'art. 185 d. lg. 24 febbraio 1998, n. 58. La Corte di Strasburgo, dopo attenta disamina, ha ritenuto che anche il procedimento amministrativo concernesse una «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6 CEDU (facendo applicazione dei c.d. principi della dottrina Engel su riportati), riscontrando non solo la violazione dei principi dell'equo processo nel procedimento amministrativo, ma, altresì, la violazione dell'art. 4 protocollo 7 della CEDU per la duplicazione dei procedimenti (amministrativo – *rectius* penale per la CEDU – e penale) aventi ad oggetto i medesimi fatti.

Ciò detto, occorre chiedersi se l'imputato è già stato giudicato e condannato per il medesimo fatto oggetto di questo procedimento penale nel momento in cui ha subito la duplice sanzione dell'esclusione dalle attività in comune per giorni quindici e del risarcimento del danno.

È indubbio che l'imputato è stato giudicato per il medesimo fatto. Tuttavia, secondo il nostro ordinamento, questo fatto può integrare un illecito disciplinare ai sensi dell'art. 77 n. 13 d.P.R. 230/00, ovvero un delitto previsto e punito dall'art. 635, commi 1 e 2 n. 3), c.p.

Occorre verificare se, al di là del *nomen iuris* attribuito dalle norme in tema di ordinamento penitenziario, l'illecito di cui all'art. 77 n. 13 d.P.R. 230/00 può assumere natura penale ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dell'art. 4 protocollo 7 della CEDU.

Giova evidenziare, al riguardo, che, in relazione agli illeciti disciplinari vige il principio di legalità; nell'applicazione della sanzione bisogna tenere conto,

oltre che della natura e gravità del fatto, del comportamento e delle condizioni personali del soggetto (art. 38, comma 1 e 3 della legge 354/75).

Si è anche visto che ai fini del risarcimento del danno in caso di danni a cose mobili o immobili dell'Amministrazione, occorre verificare anche il profilo colposo della condotta del responsabile (art. 72 comma 1 d.P.R. 230/00).

Infine, la sanzione disciplinare è irrogata a carico del detenuto con un provvedimento motivato dopo un procedimento disciplinare caratterizzato dalla contestazione dell'addebito, da un minimo di contraddittorio, in quanto l'interessato è ammesso ad esporre le proprie discolpe (art. 38 comma 2 legge 354/75 e 81 d.P.R. 230/00); il provvedimento è reclamabile davanti al magistrato di sorveglianza.

Ciò che più rileva in questa sede è, però, la gravità della sanzione, atteso che la stessa ha inciso concretamente sui diritti di libertà del detenuto. Non può tacersi, infatti, che, associato alla sanzione dell'esclusione dalle attività in comune (che costituisce la massima sanzione disciplinare irrogabile) vi è l'isolamento continuo. Non a caso, invero, l'art. 39 comma 2 della legge 354/75 prescrive che la sanzione in questione non può essere eseguita senza la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportarla e quest'ultimo è comunque sottoposto a costante controllo sanitario durante l'esecuzione della sanzione. Inoltre, deve osservarsi che, in aggiunta, al G. è stato anche posto il risarcimento del danno, sotto forma di prelievo dal peculio disponibile.

In buona sostanza: la sanzione è ricollegata ad un fatto che costituisce illecito disciplinare ma anche illecito penale; la sanzione viene irrogata all'esito di un procedimento che garantisce un minimo di contraddittorio, con la possibilità di reclamo al magistrato di sorveglianza, sebbene per censurare la legittimità del procedimento e non il merito; la sanzione assume una tale gravità, incidendo su diritti fondamentali del detenuto, quali la sua libertà di movimento e di relazione, che, per potere essere eseguita, necessita del rilascio di un apposito certificato da parte del sanitario. Infine, associata alla sanzione disciplinare, per così dire, personale, vi è una sanzione disciplinare di tipo patrimoniale, costituita dal risarcimento del danno nella forma del prelievo forzoso di una somma di denaro dal peculio del detenuto fino alla concorrenza del danno cagionato.

Per tutte queste ragioni, si reputa che le sanzioni disciplinari irrogate al G. in relazione al medesimo fatto hanno assunto la natura di vere e proprie sanzioni penali ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 protocollo 7 della CEDU.

Ciò detto, è noto che il nostro codice di rito riconosce come principio generale il *ne bis in idem* nelle ipotesi in cui un soggetto è sottoposto a distinti procedimenti penali per i medesimi fatti (art. 649 c.p.p.).

Facendo applicazione dell'interpretazione convenzionalmente conforme (Corte Cost. nn. 348 3 49 del 2007), condividendosi quanto sostenuto da autorevole dottrina, può affermarsi che la norma in questione può essere interpretata nel senso di ritenere operativa l'improcedibilità dell'azione penale, esercitata per un medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto, anche a fronte di sanzioni applicate per lo stesso fatto in procedimenti, qualificati amministrativi o disciplinari, che assumono, di contro, ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 protocollo 7 della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, la natura di procedimenti penali.

D'altra parte, un'interpretazione del genere non può ritenersi in contrasto con il principio di legalità in senso formale di cui all'art. 25 Cost. Invero, il principio di legalità sostanziale, propugnato dalla Corte EDU al fine di garantire il diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto più volte a procedimento penale per lo stesso fatto, non può porsi in contrasto con il principio di legalità formale di cui all'art. 25 Cost., pena una sorta di applicazione *in malam partem* del principio di legalità citato.

Per le stesse ragioni, questa esegesi non può ritenersi in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in capo al P.M. di cui all'art. 112 Cost. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, quale espressione del principio di legalità e di eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, nasce a garanzia dell'individuo, proprio come il principio del *bis in idem*, affinché, in relazione alla commissione di determinati fatti qualificati come illeciti penali, non possa operarsi distinzioni e discriminazioni nell'esercizio dell'azione penale. Sicché, se una sanzione, qualificabile come penale, risulta già irrogata ad un individuo per un determinato fatto, la circostanza che non sia stata irrogata dal P.M., ma da altro organo dello Stato, non può incidere sulla garanzia del divieto del doppio processo. In buona sostanza, non è possibile un esercizio discrezionale dell'azione penale per le stesse ragioni di tutela dei diritti fondamentali per le quali non è possibile che chi ha subito una sanzione, qualificabile come penale per la sua gravità, per la commissione di un determinato fatto non debba correre il rischio di essere sottoposto ad un nuovo procedimento potenzialmente culminante con l'irrogazione di una sanzione penale.

In conclusione, potendosi addivenire ad un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p., va emessa nei confronti di G. G. sentenza di non doversi procedere per improcedibilità dell'azione penale per *bis in idem*, avendo subito, all'esito di un procedimento definitivo, l'imputato, per il medesimo fatto, una sanzione, qualificata come disciplinare nel nostro ordinamento, ma da ritenersi "penale" ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 protocollo 7 della CEDU.

P.Q.M.

(*Omissis*)

***Nota a sentenza

La sentenza che si annota affronta uno degli argomenti di maggiore attualità nel panorama del diritto penale: la violazione del principio del *ne bis in idem*; essa tratta, cioè, tematica che involge questioni processuali e sostanziali, evidenziando le forti interazioni tra l'ordinamento interno e quello europeo.

La regola del *ne bis in idem*, infatti, è da sempre inserita in tutti i codici dei Paesi organizzati cond stati di diritto; a livello internazionale, invece, essa risulta consacrata nel Patto di New York sui diritti civili e politici del 1966, nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'art. 4 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, quest'ultimo prevede il divieto di sottoporre la stessa persona, già condannata o assolta con sentenza definitiva, ad un secondo procedimento per il medesimo fatto. La *vis expansiva* di tale principio è data dall'interpretazione sostanziale di "materia penale" e di "procedimento penale", poiché la Corte EDU ritiene integrata la violazione del doppio giudizio anche quando uno dei procedimenti sia formalmente etichettato come amministrativo dall'ordinamento interno, ma abbia una natura sostanzialmente penale.

La decisione in commento, applicando tali criteri alle sanzioni e al procedimento disciplinare dell'ordinamento penitenziario, sembra inserirsi proprio nel solco tracciato dalla più recente giurisprudenza di Strasburgo¹.

Volgendo lo sguardo all'ordinamento nazionale, il divieto di un doppio giudizio è contenuto nell'art. 649, comma 2, c.p.p. Esso impone al giudice, in ogni stato e grado del processo, di pronunciare sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, qualora venga iniziato un nuovo procedimento per il medesimo fatto contro la stessa persona già giudicata, enunciando le ragioni nel dispositivo e dichiarando che la materia è stata oggetto di un precedente accertamento definitivo da parte dell'autorità giudiziaria.

La norma in questione parte dal principio che la *res iudicata*, al pari dell'atto normativo, genera diritto e, pertanto, la decisione irrevocabile sul fatto storico addebitato all'imputato non è più modificabile. L'effetto tipico della *res iudicata* è quello di precludere un nuovo procedimento per il medesimo fatto, stante l'estinzione del potere di accertamento da parte del giudice². Questo principio, lontano dal predicato inquisitorio secondo cui ogni giudizio è perfettibile all'infinito, risponde alla *ratio* di garanzia del cittadino, evitando che

¹ Sentenza della Corte EDU Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014.

² CONSO-GREVI-BORGIS, *Compendio di procedura penale*, VII ed., CEDAM, 2014, 1106ss.; U. LUCARELLI, *L'istituto del giudicato penale e i suoi effetti civili*, UTET Giuridica, 2006, 104 e ss.

un soggetto possa essere sottoposto in maniera illimitata a persecuzione penale e quindi all'arbitrio giudiziario, di certezza nei tempi processuali e di economia processuale. Si tutela, così, l'esigenza che il cittadino possa contare sulla cosiddetta quiete penalistica³, ossia su un quadro giuridico sia sostanziale che processuale stabile. La funzione di certezza, però, è da intendersi in termini soggettivi, ciò vuol dire che il giudice penale deve ritenere vera la statuizione riguardante il medesimo imputato per il medesimo fatto. Ciò non toglie, di contro, che si possa giudicare diversamente lo stesso fatto in un procedimento che vede coinvolte persone diverse.

Nonostante tale principio non sia previsto nella nostra Costituzione, la giurisprudenza di legittimità⁴ ritiene che lo stesso appartenga ai principi generali dell'ordinamento. Taluni⁵ ritengono di poterlo dedurre in via interpretativa dal combinato disposto delle disposizioni costituzionali degli artt. 112; 13, comma 2 e 3; 14, comma 2; 15, comma 2 e 111, comma 5.

È bene chiarire subito che la regola esposta opera sul piano processuale ed ha un ambito di operatività differente rispetto all'art. 15 c.p. che esprime, invece, il principio del *ne bis in idem* sostanziale. L'istituto appena menzionato, che condivide la stessa *ratio* del *ne bis in idem* processuale, serve ad impedire che uno stesso soggetto possa essere punito due volte per un medesimo fatto regolato apparentemente da norme diverse. La suddetta norma, però, non impedirebbe da sola il moltiplicarsi dei procedimenti per l'*idem factum*. Tra l'altro la diversità tra le due norme emerge anche dal punto di vista letterale, laddove l'art. 15 c.p. parla di medesima materia, imponendo un raffronto di tipo strutturale tra le fattispecie, mentre l'art. 649 c.p.p., al contrario, parla di medesimo fatto.

Proprio sul significato da attribuire a tale ultima locuzione, si sono prospettate differenti tesi. Secondo l'opinione dottrinale tradizionale⁶ nell'art. 649 "fatto" significa condotta, includendo l'oggetto fisico su cui la condotta è caduta nei cosiddetti reati materiali. Ciò che rileva è il nucleo storico del fatto, ossia una corrispondenza dal punto di vista materiale della condotta posta in essere, essendo al contrario irrilevante l'identità degli elementi costitutivi del reato. Il raffronto, quindi, deve essere condotto in concreto e non in astratto confrontando le fattispecie legali⁷. Una diversa

tesi giurisprudenziale, considerata prevalente, invece, ritiene che il divieto del *bis in idem* venga violato ogniqualvolta il fatto addebitato ad una persona sia sovrapponibile in tutti i suoi elementi a quello oggetto di una successiva contestazione (condotta, nesso causale, evento, circostanze, luogo e persona). Tali elementi debbono essere intesi non solo nella loro dimensione storico-naturalistica, ma anche in quella giuridica come espressione di una medesima offesa⁸. Seguendo tale teoria, però, si finirebbe per contraddire il tenore letterale dell'art. 649 c.p.p. e le intenzioni del Legislatore⁹, poiché solo una totale corrispondenza di tutti gli elementi del fatto integrerebbe il divieto previsto dalla disposizione citata.

Ampliando l'ambito di indagine a livello europeo, si osserva che il principio del *ne bis in idem* così come sancito dall'art. 4, Prot. 7, della Convenzione ha posto diversi dubbi interpretativi circa la portata da attribuire al concetto di *idem*. Le teorie, anche in questo caso, si allocano su due poli opposti: *idem factum* e *idem legale*. Secondo un primo orientamento, infatti, il concetto di *idem* deve essere inteso come *idem factum*, ossia come identità del fatto materiale che viene attribuito al soggetto, intendendolo dunque in senso naturalistico. Secondo un diverso orientamento invece, per valutare la violazione del predetto principio occorre far riferimento alla definizione legale del fatto, integrando il divieto solo la violazione della medesima fattispecie. Tra i due poli interpretativi si colloca un terzo indirizzo di natura più sostanziale, secondo il quale lo stesso oggetto dei due procedimenti è integrato quando vi è la medesimezza degli elementi essenziali delle due fattispecie in questione. Invero, tale interpretazione sembra condividere i presupposti di partenza con l'istituto del concorso apparente di norme, effettuato come è noto in base ad una valutazione strutturale delle fattispecie. Nel 2009, però, la Corte EDU sposta il proprio angolo visuale, aderendo al primo dei due indirizzi, quello dell'*idem factum*. Ciò non solo perché è l'approccio più utilizzato nel panorama giuridico europeo, ma anche perché è maggiormente garantista per l'individuo¹⁰.

derivante dalla stessa violazione.

³ U. LUCARELLI, *cit.*, 105; D'ORAZI 2003, 160.
⁴ *Ex multis* Cass. sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, confortata dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 318 del 2001 e n. 39 del 2002, la quale accede ad una lettura "più piena" dell'art. 649, comma 2 del c.p.p.

⁵ U. LUCARELLI, *cit.*, 105.

⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, 1206, parla di "fatto giudicato" inteso come azione od omissione individuate dall'oggetto fisico, ove esista.

⁷ Secondo tale impostazione ben si potrà procedere nei confronti della stessa persona accusata di omissione di una misura preventiva per gli infortuni sul lavoro per omicidio colposo

⁸ Cass. sez. un 2005, *cit.* secondo cui la locuzione di medesimo fatto va intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta, onde tale espressione fa riferimento "all'identità storico naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificanti nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona".

⁹ Dalla Relazione Preliminare al codice del 1930 si evince l'irrelevanza dell'evento, ad esempio nel passaggio dal delitto tentato a quello consumato. Ciò conduce a ritenere che nell'idea originaria il fatto fosse considerato come pura condotta e il mutamento dell'evento o del nesso causale non impediva l'effetto preclusivo.
¹⁰ Recente sentenza *Zolotukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009, pronunciata dalla Grande Camera; orientamento già seguito dalla corte nella sentenza *Gradinger c. Austria* del 23 ottobre 1995, concernente ancora una volta il caso di una sovrapposizione tra

L'ambito di operatività del principio del *ne bis in idem* passa necessariamente attraverso la nozione di "materia penale", così come definita dalla Corte EDU. Infatti, la natura penale del procedimento o della sanzione irrogate al reo sono da valutare alla stregua della visione sostanzialistica della giurisprudenza europea. Pertanto, ben potrebbe accadere che tale principio venga violato a fronte di un procedimento amministrativo e uno penale, considerando il primo come fittiziamente amministrativo e sostanzialmente penale.

Sulla definizione di "accusa in materia penale" si stagliano le maggiori differenze tra l'ordinamento interno e quello convenzionale.

Nel nostro ordinamento, infatti, la materia penale è ispirata al tendenziale principio di legalità formale, ex art. 25, comma 2, Cost., secondo cui si puniscono solo i fatti che siano espressamente previsti dalla legge come reato.

La Corte EDU, al contrario, da sempre fedele ad una concezione sostanziale dell'illecito penale e della pena, è riluttante all'identificazione degli stessi in base al semplice *nomen iuris* fornito dal Legislatore nazionale. I giudici di Strasburgo hanno sposato una concezione autonomista, andando oltre le apparenze e valutando in sostanza quando una misura costituisce una pena ai sensi della Convenzione¹¹. A partire dalle sentenze Engel c. Paesi Bassi del 1976 e Öztürk c. Germania del 1984, dunque, la Corte ha provveduto a ridefinire i limiti del concetto di "materia penale"¹² ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU, enunciando a tal proposito tre "criteri guida" (c.d. "criteri Engel") per individuare, tra le sanzioni imposte ad un individuo sulla base del diritto nazionale, quelle qualificabili come "pene" ai sensi della Convenzione. Il primo criterio è di tipo formale, ossia si basa sulla qualificazione giuridica data alla misura dall'ordinamento interno. Tale qualificazione, però, è solo il punto di partenza, in quanto le indicazioni fornite a livello nazionale non sono vincolanti. La Corte, infatti, non vieta agli Stati aderenti di mantenere un doppio sistema sanzionatorio di tipo penale e amministrativo, ma ciò non implica che le qualificazioni fornite sulla natura delle stesse siano vincolanti. Maggiore peso hanno i due criteri sostanziali. Il primo si basa sulla natura oggettiva dell'illecito, da intendere penale quando mira a tutelare beni giuridici della collettivi-

un procedimento per omicidio colposo ed altro per guida in stato di ebbrezza. In tale episodio la Corte riconobbe l'esistenza di un *bis in idem*.

¹¹ Si pensi a tutte quelle misure che nel nostro ordinamento non sono considerate pene in senso stretto ma che la Corte ha qualificato come "pene camuffate": a confisca urbanistica art. 44, comma 2, del d.P.R. 380/2001, confisca per equivalente nei reati tributari art. 1, comma 143 della l. 244/2007 e la confisca del codice della strada art. 186, comma 2 lett c) c.d.s.

¹² Per la nozione di materia penale nella giurisprudenza europea si cita tra tutte la sentenza della Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, BONDA.

tà ed è previsto da una norma che ha i caratteri della generalità e dell'astrattezza. Sulla scorta del secondo criterio, invece, occorrerà considerare la natura e la severità della sanzione applicabile al soggetto autore dell'infrazione. Pertanto, si potrà considerare penale quella sanzione che abbia un carattere preventivo e repressivo. Un altro importante fattore da tenere in considerazione, anche se non decisivo, è l'incisione su diritti fondamentali come la libertà personale^{13 14}. I tre criteri, enunciati nella famosa sentenza Engel del 1976, devono applicarsi alternativamente e non cumulativamente¹⁵ e affinché si possa parlare di "accusa in materia penale", ai sensi dell'art. 6 CEDU, è sufficiente che il reato in causa sia di natura penale rispetto alla Convenzione o che abbia esposto l'interessato ad una sanzione che per natura e gravità, rientri nell'ambito della materia penale. A ben vedere, però, è attorno al concetto di pena che si polarizzano alcune garanzie, a prescindere dalla portata offensiva dell'illecito cui è collegata. Secondo parte della dottrina ciò che conta non è cosa viene proibito, ma come l'ordinamento reagisce alla violazione del divieto¹⁶. Infatti, la costante giurisprudenza della Corte basa la propria interpretazione principalmente sull'afflittività della sanzione¹⁷. In sostanza, dirimente è che la sanzione inflitta abbia una natura e uno scopo punitivo¹⁸. Certo, l'accertamento in concreto della natura punitiva è difficile, ma il confine può essere rintracciato dalla volontà esclusivamente afflittiva e punitiva dello Stato. Applicando tali coordinate all'ordinamento interno, si ricomprendono nella nozione di pena anche quelle misure sanzionatorie, che pur non essendo formalmente penali ai sensi degli artt. 17 e ss. c.p., sono caratterizzate dalla predetta funzione. Si pensi ad esempio alle misure am-

¹³ Nella stessa sentenza Engel del 1976, concernente un'ipotesi di detenzione disciplinare subita da militari, la Corte, al fine di giustificare il superamento di una nozione formale e nominalistica di "pena", aveva fatto perno sulla severità che necessariamente importa una sanzione consistente nella privazione della libertà personale.

¹⁴ G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, Cassazione Penale, fasc. 9, 2014, pag. 3099.

¹⁵ G. ABBADESSA, *Il caso fiat-ifil alla corte europea dei diritti dell'uomo. nozione di «pena» e contenuti del principio «ne bis in idem»*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.4, 2014, pag. 546, n senso critico, secondo cui l'impressione è che sia ancora piuttosto fluida la gerarchia tra i criteri che riempiono di contenuto la nozione di "materia penale".

¹⁶ F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 4, 2013, p. 1899.

¹⁷ Nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014 si parla di tono di afflittività della sanzione relativamente all'art. 187-ter del d.lgs. n. 58/1998, derivante dalla loro quantificazione per l'importo in concreto inflitto e in astratto comminabile.

¹⁸ Le tre sentenze più rilevanti sono tre *leading cases* della materia, le sentenze Engel e a. c. Paesi Bassi del 8 giugno 1976, Öztürk c. Germania del 21 febbraio 1984 e Welch c. Regno Unito del 9 febbraio 1995.

ministrative che non hanno un carattere meramente ripristinatorio e restitutorio.

Seguendo l'impostazione della Corte EDU il sistema del "doppio binario", presente nel nostro ordinamento, è compatibile con la visione sostanzialistica della materia penale, purché tale sistema si sviluppi tra i due poli della prevenzione e repressione.

Come è logico dedurre, da tale operazione qualificatoria discendono numerose conseguenze applicative, si pensi ai principi di legalità, di irretroattività, al divieto di analogia ed a quello del doppio giudizio.

Ciò detto, occorre ora indagare sulle effettive conseguenze della violazione della CEDU da parte del giudice italiano e quindi, più in generale, sui rapporti tra ordinamento interno e Convenzione europea. L'orientamento ormai prevalente¹⁹ ritiene che la CEDU non abbia la stessa efficacia diretta che presentano i Trattati europei, dato che la stessa, a differenza della Carta di Nizza, non è stata comunitarizzata. Il Trattato di Lisbona del 2009 ha solo consentito l'adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6 par. 2 del tue), ma ciò non è ancora effettivamente avvenuto²⁰. Le norme della Convenzione, quindi, sono considerate delle norme interposte integratrici del precetto dell'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui afferma che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto degli obblighi internazionali. Pertanto, il giudice italiano di fronte ad una norma interna in contrasto con una disposizione della Convenzione europea non potrà disapplicarla, come nell'ipotesi di contrasto con una norma comunitaria, ma dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.

Più nel dettaglio, occorrerà effettuare una duplice operazione. In primo luogo, verificare la percorribilità di un'interpretazione convenzionalmente orientata della norma in esame e in secondo luogo, solo dopo averne valutato l'impossibilità, si potrà sollevare questione di legittimità costituzionale.

L'iter sopra descritto è esattamente quello verificatosi nel caso *Grande Stevens c. Italia* del 2014. La vicenda, citata anche dal Giudice del Tribunale di Brindisi, rappresenta un recente *leading case* in materia²¹. Il fatto trae origine dalla commissione da parte di alcune società italiane del reato di manipolazione del mercato, previsto e disciplinato dal d.lgs. n.58 del 1998. Alla fattispecie predetta è applicabile un doppio regime sanzionatorio, penale e amministrativo, contenuto rispettivamente negli artt. 185 e 187-ter del t.u.f., regime

poco coerente con i principi dell'equo processo (art. 6 della CEDU) e il diritto a non essere giudicati due volte (art. 4, Prot. 7). La medesima condotta, quindi, integra due illeciti aventi natura diversa. Nel caso di specie il procedimento amministrativo si è concluso con una sanzione pecuniaria inflitta dalla Consob a cui si è aggiunto un parallelo procedimento penale, *ex art. 185 t.u.f.*, giunto alla Corte EDU. Quest'ultima ha affermato che dopo le sanzioni comminate dalla Consob, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio del *ne bis in idem*. I giudici giungono a tale conclusione premettendo l'analisi sulla reale natura delle sanzioni solo nominalmente amministrative irrogate ai ricorrenti²², concludendo per la natura penale della sanzione Consob. La sentenza da ultimo citata si segnala per il grande contributo che essa apporta alla nozione di pena e per l'ulteriore tappa che segna nell'evoluzione del principio di *ne bis in idem*.

L'incidenza nel nostro ordinamento è stata tale che la Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 3333 del 11 novembre 2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. con riferimento all'art. 4, Prot. 7, CEDU sia dell'art. 187-ter del d.lgs. 58 del 1998, nella parte in cui la disposizione predetta consentirebbe l'applicazione di una duplice sanzione penale e amministrativa, sia dell'art. 649, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede il divieto del doppio giudizio a fronte un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione avente natura penale, ai sensi della CEDU.

La sentenza del Tribunale di Brindisi in commento fa propri i principi espressi dalla Corte EDU e li applica al caso di specie. La vicenda riguarda un detenuto presso la Casa Circondariale di Brindisi sottoposto alla duplice sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune per la durata massima di 15 giorni e del risarcimento del danno per aver danneggiato dei mobili appartenenti all'amministrazione penitenziaria. Per lo stesso fatto il detenuto viene citato in giudizio con l'accusa di danneggiamento aggravato, *ex art. 635, comma 1 e 2 n. 3 c.p. e 625, comma 1 n. 7 c.p.* Il giudice di merito, nell'emettere sentenza di "non doversi procedere per improcedibilità dell'azione penale per *bis in idem*", afferma che, al di là del *nomen iuris* attribuito dalle norme dell'ordinamento penitenziario alla sanzione disciplinare inflitta al detenuto, essa deve essere intesa come sanzione penale, ai sensi dell'art. 6 CEDU e quindi anche dell'art. 4 del protocollo 7 della CEDU.

L'ordinamento penitenziario è regolato dalla l. n. 354 del 1975 e dal relativo Regolamento di attuazione, il d.P.R. n. 230 del 2000. Il compendio normativo disciplina i presupposti per l'instaurazione del procedimento disciplinare, le modalità di svolgimento

¹⁹ Corte Costituzionale sentenze, 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 e da ultimo la sentenza, 28 novembre 2012, n. 264.

²⁰ In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale, 11 marzo 2011, n. 80.

²¹ Per un quadro esaustivo si veda la Relazione n. 35 del 2014 "Considerazioni sul principio del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens* e altri contro Italia", dell'Ufficio del Ruolo del Massimario, settore penale.

²² La Corte riprende anche il recente caso *Menarini* sulle sanzioni amministrative irrogate dall'AGCM, Corte EDU, sent. *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* del 27 settembre 2011, n. 43509/08.

to del medesimo e le sanzioni tassativamente previste dall'art. 39 della l. n. 354 del 1975.

Nello specifico, le infrazioni disciplinari sono previste dall'art. 38 della l. n. 354 del 1975 e dell'art. 77 del d.P.R. n. 230 del 2000. Tutte le norme a riguardo sono ispirate al rispetto della dignità della persona e al principio del contraddittorio, come si evince dall'art. 38, comma 2 e 4 citato. Nonostante, di regola, le infrazioni disciplinari non siano assimilabili a fattispecie di reato vale comunque il principio di garanzia in base al quale nessuno può essere sottoposto a sanzioni disciplinari che non siano espressamente previste dalla legge²³. Il sistema è dunque improntato al principio di legalità, al fine di porre al riparo il detenuto da possibili arbitrii da parte dell'amministrazione penitenziaria²⁴. Inoltre, principio cardine di garanzia nella materia disciplinare è quello stabilito dall'art. 38, comma 2, della l. n. 354 del 1975 in base al quale la sanzione deve essere inflitta solo dopo la preventiva contestazione dell'illecito all'interessato, il quale ha l'opportunità di esporre le proprie difese.

Per quanto riguarda le sanzioni disciplinari, invece, previste dall'art. 39 e 33 della stessa legge, esse costituiscono dei provvedimenti amministrativi adottati dagli organi di disciplina dell'amministrazione penitenziaria, individuati dalla legge. Invero, stante la funzione rieducativa della pena, le sanzioni non possono consistere in trattamenti contrari al senso dell'umanità, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., né incidere sui diritti fondamentali della persona ex art. 13 Cost. Parte della dottrina²⁵, infatti, afferma che le sanzioni disciplinari più incisive, ossia l'esclusione dall'attività in comune (cd. Isolamento), hanno l'effetto di comprimere ancor di più gli spazi di libertà che residuano agli internati, limitando la libertà personale anche per una durata superiore di quella prevista dall'art. 13 Cost.

Alla luce di quanto detto in generale sulle infrazioni e sanzioni disciplinari, si comprendono bene le ragioni che inducono il Giudice di primo grado a ritenere vere e proprie sanzioni penali. In primo luogo, afferma che anche per le sanzioni disciplinari vige il principio di legalità e di proporzionalità rispetto alla natura e gravità del fatto, del comportamento e delle condizioni personali del soggetto. In secondo luogo, considera che la sanzione disciplinare è irrogata al detenuto dopo un procedimento caratterizzato dalla contestazione

dell'addebito, da un minimo di contraddittorio e dalla possibilità di esperire reclamo davanti al magistrato di sorveglianza. Infine, il terzo indice presuntivo da cui dedurre la natura penale dell'illecito è la gravità della sanzione. Infatti, secondo la sentenza che qui si commenta, l'isolamento continuo a cui è stato sottoposto il detenuto ha come effetto quello di incidere sulla libertà personale dello stesso. Tale sanzione, prevista per un massimo di 15 giorni, consisteva nel "nel divieto di comunicare con i compagni, nel divieto di accettare generi alimentari contenuti nel pacco, nel divieto di acquistare al servizio di sopravvitto generi alimentari, nel divieto di svolgere i colloqui nei locali in comune con la restante popolazione carceraria. Inoltre, ai sensi dell'art. 33 n. 2) O.P. al G. durante l'esecuzione della sanzione disciplinare era applicato l'isolamento continuo". La gravità della sanzione è altresì confermata dalla necessità del rilascio di un apposito certificato medico, in quanto incide sulla libertà di movimento e di relazione. Pertanto, nonostante la qualificazione di procedimento e sanzione disciplinare fornita dall'ordinamento penitenziario, essi devono essere intesi, alla luce dell'art. 6 CEDU e art. 4, Prot. 7, come sanzioni e procedimenti penali.

Le conclusioni rassegnate dal Tribunale di Brindisi devono essere condivise. Se nel caso Grande Stevens la natura penale della sanzione amministrativa viene desunta dalla severità della sanzione pecuniaria inflitta ai ricorrenti, *a fortiori* si dovrebbe ugualmente considerare appartenente alla materia penale la sanzione disciplinare che limiti la libertà personale del detenuto.

Il Giudice, inoltre, a sostegno della propria tesi confuta due possibili obiezioni che potrebbero essere opposte: il contrasto con il principio della legalità formale previsto dall'art. 25, comma 2, Cost. e quello dell'obbligatorietà dell'azione penale, sancito dall'art. 112 Cost.

Il primo principio, infatti, potrebbe rappresentare un argine interno al principio della legalità sostanziale propugnato dalla Corte EDU. A ben vedere, però, la *ratio* della legalità formale, affidando il monopolio della materia penale al Legislatore, è comunque quella di garantire il cittadino da eventuali arbitri e soprusi da parte del potere giudiziario. È dunque evidente come i due principi si pongano sullo stesso piano e rispondano alla medesima esigenza. Anzi, una diversa interpretazione potrebbe condurre ad "un'applicazione in *malam partem* del principio di legalità formale", così come sostenuto nella sentenza in commento. Su questo primo punto, quindi, si può concludere che il canone della legalità formale è una valvola di garanzia aggiuntiva e non può precludere l'applicazione di principi che si orientano nel senso di una maggiore tutela.

Per quanto riguarda, invece, il possibile contrasto con l'art. 112 Cost. il Giudice di primo grado afferma quanto segue: "non è possibile un esercizio discrezio-

²³ Nonostante la tassatività delle ipotesi di illecito disciplinare, non manca chi veda diminuire la garanzia del cittadino a fronte di una formulazione eccessivamente generica delle fattispecie disciplinari e attraverso la normazione regolamentare, COPPETTA, in *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, II ed., CEDAM, Padova, 2000, 329.

²⁴ CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2006, 164.

²⁵ F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2013, 429.

nale dell'azione penale per le stesse ragioni di tutela dei diritti fondamentali per le quali non è possibile che chi ha subito una sanzione, qualificabile come penale per la sua gravità, per la commissione di un determinato fatto non debba correre il rischio di essere sottoposto ad un nuovo procedimento potenzialmente culminante con l'irrogazione di una sanzione penale." Tale argomentazione, posta a sostegno della non contrarietà del divieto di *bis in idem* convenzionalmente inteso con l'art. 112 Cost., appare meritevole di ulteriori riflessioni. Il Giudice effettua un parallelismo tra i due principi e ritiene che così come l'art. 112 Cost. è espressione del principio di legalità e di uguaglianza del cittadino, poiché preclude al p.m. di poter effettuare discriminazioni e distinzioni nell'esercizio dell'azione penale, anche il divieto del doppio giudizio dovrebbe rispondere allo stesso fine.

Appare necessario svolgere alcune riflessioni sulla natura dell'art. 112 Cost. e sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di *ne bis in idem*.

Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale non impone che il p.m. debba necessariamente accusare, ma prescrive un onere di verifica sul rispetto della legge. Qualora il p.m. ritenga che non vi siano elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio deve formulare richiesta di archiviazione al G.I.P. Nella sentenza in esame, dunque, la locuzione "non è possibile un esercizio discrezionale dell'azione penale" deve essere correttamente intesa in tal senso. Laddove il p.m. ravvisi la duplicazione dei procedimenti per il medesimo fatto non dovrebbe esercitare l'azione penale, bensì chiedere l'archiviazione.

Quanto detto è confortato dalla giurisprudenza di legittimità²⁶. L'ampia formulazione dell'art. 649, comma 2, c.p.p. consente di rilevare il divieto del doppio giudizio anche in assenza di una precedente sentenza irrevocabile, ponendosi altresì come divieto di un duplice esercizio dell'azione penale da parte dello stesso ufficio del p.m. Si parla di consumazione-preclusione dell'esercizio dell'azione penale, anche se il precedente giudizio non è divenuto definitivo. Nella sentenza da ultimo citata, infatti, le Sezioni unite sostengono che la regola fissata dall'art. 649, comma 2, c.p.p. sia soltanto un punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, ritenendo che lo stesso permei l'intero ordinamento, ponendosi come canone generale.

Opinando in questo senso esisterebbe un collegamento tra il *ne bis in idem* e l'art. 112 Cost., intendendo l'obbligatorietà non solo come irretrattabilità e divieto di sospensione *ultra legem* (art. 50 c.p.p.), ma anche come divieto di reiterare l'azione penale già esercitata dallo stesso ufficio del p.m. L'art. 649, comma 2, c.p.p. costituirebbe un limite interno alla formulazione dell'imputazione, espressione di un potere che se esercitato si estingue, creando una preclusione rispetto

ad un nuovo esercizio dell'azione penale nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto²⁷.

Letta in questo senso l'affermazione del Giudice di primo grado sembra ampliare ancora notevolmente le maglie di tale preclusione. L'estinzione dell'azione penale, infatti, avverrebbe non a causa di un precedente esercizio della stessa da parte del medesimo ufficio giudiziario, ma per effetto di un addebito già formulato da parte di un altro organo dello Stato, come nel caso di specie. Pertanto, anche in tale ipotesi il p.m., valutata la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare irrogata avrebbe dovuto chiedere l'archiviazione del caso.

²⁶ Cass. sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655.

²⁷ In questi termini si esprime la Relazione n. 38 del 2013 della Corte di Cassazione, la quale fa un punto sull'espansione del principio del *ne bis in idem*, con particolare riferimento alla possibilità di rilevare il divieto in questione nel giudizio di Cassazione come *error in procedendo*, Cass. Pen., Sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 14991.

L'art 612-bis c.p. tra (apparenti) vincoli di forma e potenzialità applicative: il caso dello *stalking* "a mezzo stampa"

abstract

The stalking offence, introduced by Law no. 38 of 23 April 2009, is regulated by Article 612-bis of Penal Code. This crime has been borrowed from Common Law systems that, since the Nineties, has made out of it deepened sociological, criminological, psychomedical and juridical studies. Considering the extensive application and the dynamism of this phenomenon, it is very hard for any legislator, both in the common law and in the civil law, to give it a punctually discipline, so this disposition of law is charged with "vagueness". Infact, the several meanings of rule's constitutive components are a huge problem both with respect to the best interpretation of the case and to the distinction between stalking and other crimes like harassments (Art. 660 of Penal Code), intimidation (Art. 612 of Penal Code), domestic abuse (Art. 572 of Penal Code) or, referring to the analyzed case, defamation in form of libel – i.e. published or broadcast communication – (Art. 595 comma 2 of Penal Code). Considering the absence of a clear and definite legislative dictate, Jurisprudence must provide the most appropriate key of interpretation for this rule, according to practical needs and Law's defensive purpose.

keywords

Stalking – defamation – jurisprudence – libel.

abstract

Il delitto di atti persecutori, introdotto dall'art. 7 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito, con modificazioni, nella legge 23 aprile 2009 n. 38, è disciplinato dall'art. 612-bis c.p. Meglio nota come stalking, questa fattispecie è stata mutuata dai sistemi di common law che, già a partire dagli anni Novanta, ne avevano fatto oggetto di approfonditi studi sociologici, criminologici, medico-psicologici ed infine giuridici. Data l'ampiezza applicativa e la dinamicità del fenomeno in sé considerato, il delitto di stalking è disciplinato a fatica da qualsivoglia legislatore, sia di common law che di civil law, tant'è che è stato più volte tacciato di "vagueness" o, per quanto riguarda in particolare l'ordinamento italiano, di "indeterminatezza". L'eccessiva flessibilità dei confini semantici degli elementi costitutivi della fattispecie, infatti, desta rilevanti problematiche sia in ordine all'interpretazione più appropriata per il delitto in sé considerato, sia in riferimento alla sua distinzione ed al suo rapporto

con altre fattispecie "contigue" quali quelle di molestia (ex art. 660 c.p.), di minaccia (ex art. 612 c.p.), di maltrattamenti in famiglia (ex art. 572 c.p.) o, come nel caso oggetto di questa disamina, di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa (ex art. 595 comma 2 c.p.). In carenza di un dettato legislativo più chiaro e determinato, come troppo spesso accade, viene di fatto affidato al diritto vivente il difficile compito di delimitare i confini contenutistici ed applicativi della fattispecie in esame, adattandola di volta in volta alle esigenze prasseologiche, con evidente rischio di lesione dei principi del nullum crimen.

parole chiave

Atti persecutori – stalking – diffamazione a mezzo stampa – diritto vivente.

sommario

1. Introduzione: la ricostruzione dei fatti e l'ipotesi accusatoria. – **2.** La rilevanza culturale e fenomenica dello "stalking". – **3.** La sua trasposizione normativa: l'introduzione dell'art. 612-bis c.p. La struttura della fattispecie tra apparenti vincoli di forma e necessità di tutela. – **4.** Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza. – **5.** Lo *stalking* e la diffamazione (a mezzo stampa): le possibilità offerte dal diritto vivente.

1. Introduzione: la ricostruzione dei fatti e l'ipotesi accusatoria

Un recente e ancora pendente caso di cronaca giudiziaria fornisce nuovi stimoli per tornare a riflettere insolite prospettive sul delitto c.d. di *stalking*, a pochi anni dalla sua entrata in vigore, dimostrando come questa fattispecie criminosa, partorita con molte difficoltà nel 2009, stia oggi subendo continue e non sempre condivisibili modulazioni nel mare aperto del 'diritto vivente'.

Ma procediamo con ordine, prendendo le mosse da una rapida ricostruzione della vicenda storica che ha portato a ritenere configurabile il delitto di atti persecutori in relazione ad una condotta di diffamazione a mezzo stampa.

La notorietà del caso è essenzialmente derivata da quella dei suoi protagonisti. La persona offesa, infatti, è la direttrice di un'emittente televisiva privata regio-

nale e moglie di un senatore italiano. Gli imputati, ben quattro, sono, rispettivamente, il direttore responsabile di un editoriale regionale; un senatore, anche editore di una testata giornalistica regionale; il direttore responsabile della testata giornalistica all'epoca dei fatti oggetto di giudizio; ed, infine, un articolista in rapporto di collaborazione con il suddetto Giornale.

L'utilizzo del mezzo della stampa come veicolo principale, se non esclusivo, delle condotte criminose poste in essere dai quattro coimputati è valso non solo a connotare fatti verificatisi di una più incisiva e ridondante rilevanza mediatica, ma anche a conferire un maggior disvalore giuridico alla fattispecie concreta, configurantesi, per tale via, in forma aggravata.

In particolare, venendo a conoscenza dell'avvenuta pubblicazione, in fitta successione temporale, di una serie di articoli sul proprio conto e ritenendoli a contenuto diffamatorio, la direttrice dell'emittente televisiva decide di querelare i quattro predetti in quanto autori e responsabili, a vario titolo, di tali condotte. La manifestazione della volontà punitiva espressa dalla querelante riguarda, però, non soltanto la ritenuta configurazione del reato di diffamazione a mezzo stampa (di cui all'art. 595 co. 3° c.p.) ma anche del reato di atti persecutori (di cui all'art. 612-bis c.p.) in ragione dei danni dalla stessa subito in forza degli eventi ulteriori e "collaterali" derivanti dalle avvenute pubblicazioni.

La querelante sostiene, infatti, che la divulgazione reiterata, ossessiva (anche giornaliera) e petulante di articoli dai contenuti sessualmente allusivi, pretestuosi e denigranti sul suo conto, ed in parte riferiti anche al proprio marito, sia stata la causa di una significativa turbativa della sua tranquillità e del suo equilibrio psichico, nonché di un grave stato di ansia legato alla percezione di intenti persecutori rivolti non solo contro la sua persona, ma anche nei riguardi dei suoi prossimi congiunti. A fronte di queste condotte, inoltre, la persona offesa rileva di essersi sentita costretta a mutare le proprie abitudini di vita e di aver così trascurato anche la propria carriera.

Dunque, la vittima, accanto all'immediato effetto delle condotte diffamatorie, quale la lesione del proprio *onore*, lamenta altresì un'offesa ulteriore e più pregnante: quella alla propria *libertà morale*.

Mentre, però, nella diffamazione l'evento (offesa) – consistente nella lesione della reputazione e dell'immagine, quali beni afferenti alla proiezione esterna della sfera individuale – è valutabile in astratto e ritenuto *in re ipsa*; più problematica è, invece, la prova relativa alla asserita lesione della libertà morale, trattandosi di un bene concernente la sfera più intima della persona offesa e pressoché priva di qualsivoglia rilevanza esteriore. La compressione del diritto di autodeterminazione della vittima, in sostanza, è un evento difficilmente rilevabile attraverso parametri oggettivi e destinato ad avere una valenza diversa in base ai differenti gradi di percezione che ne ha la vittima.

Le istanze punitive avanzate dalla direttrice dell'emittente tv sono state effettivamente accolte dall'Autorità Giudiziaria, tanto che i quattro coimputati sono stati chiamati a rispondere dei reati di cui agli artt. 110, 81 cpv. commi 1° e 2° - 595 commi 1°, 2° e 3° c.p. e art. 13 l. n. 47/48 cd. *legge sulla Stampa*, perché «in concorso tra loro ed in esecuzione di una medesima risoluzione antiggiuridica, mediante articoli voluti da tutti, e comunque dolosamente e consapevolmente non impediti, o quantomeno colposamente non controllati, indebitamente offedevano (...) la reputazione (della direttrice)»; nonché del reato di cui agli artt. 110 e 612-bis c.p. perché «in concorso e previa intesa tra loro (...) mediante i suindicati articoli (...), voluti ed assentiti in ogni caso da tutti, e comunque dolosamente e consapevolmente non impediti, o quantomeno colposamente non controllati, ponevano in essere condotte reiterate recanti premeditata molestia (alla direttrice) in modo da cagionarle un perdurante e grave stato di ansia, anche per riflesso dalle pressioni esercitate dalla diffusione delle notizie di stampa sui propri familiari, con conseguente disagio fisico e psichico e con permanente timore di nuovi articoli di aggressione, da cui derivavano sia un'alterazione delle abitudini di vita in famiglia e sul luogo di lavoro, sia uno stato psichico di esasperazione e di prostrazione».

Alla luce dei fatti in premessa, l'analisi che segue è volta a descrivere e chiarire i rapporti intercorrenti tra il reato di diffamazione a mezzo stampa e quello di atti persecutori, valutando quali siano i più appropriati confini applicativi da ricondurre alle due fattispecie, se sia da registrarsi qualche interferenza tra le gradazioni intermedie dei due diversi beni oggetto di tutela ma, preliminarmente, a capire se l'attuale patrimonio normativo e giurisprudenziale permetta di dilatare i vincoli formali del delitto di *stalking* fino a ricomprendere anche condotte differenti ed ultronee rispetto a quelle comunemente inquadrabili nello schema tradizionale delle minacce e delle molestie.

Per comprendere appieno gli approdi giurisprudenziali che, secondo le dinamiche proprie del "diritto vivente", hanno contribuito a delineare l'attuale dimensione *normativa* dello *stalking*, è necessario procedere attraverso un percorso integrato, che tenga conto dell'esigenza di raccordare il dato normativo – *in primis* – e quello prasseologico, logicamente conseguente, al dato *empirico*, vale a dire a quella complessa fenomenologia comportamentale che, rilevata in prima istanza da studi sociologici e criminologici (e che ne hanno confermato la drammatica ed allarmante diffusione), è salita poi agli onori delle cronache giuridiche, inserendosi prepotentemente all'ordine del giorno nelle agende dei legislatori, chiamati, anche attraverso una iper-stimolazione da parte dei canali mediatici, a rispondere a tale nuova, sfuggente, emergenza criminale.

Per verificare, in particolare, la fattibilità di nuove incriminazioni, deontologicamente vincolate ai rigoro-

si canoni redattivi ed interpretativi del *nullumcrimen*, che potessero tuttavia adattarsi alla estrema latitudine empirica del fenomeno. Ammesso che si trattasse effettivamente di una nuova forma di manifestazione criminosa, e non già di tipologie comportamentali già incasellabili nello scenario penalistico classico.

2. La rilevanza culturale e fenomenica dello "stalking"

"Stalking" è un termine di derivazione anglosassone, forma del verbo "to stalk", che indica l'atto del seguire, dell'appostare, del braccare e, figurativamente, del perseguitare o molestare¹.

Quando una parola straniera (o una struttura sintattica o un semplice fonema) entra a far parte del patrimonio lessicale di una determinata lingua, si suole, nel campo della linguistica, parlare di "prestito" o anche, con tono a volte critico, di "forestierismo". Le ragioni per le quali si determina tale fenomeno sono da individuare nell'esigenza di nominare un concetto o un oggetto che nella lingua di destinazione non hanno un nome proprio. Il prestito linguistico ha cioè la funzione di colmare una lacuna lessicale presente nella lingua che accoglie il termine. Va tuttavia precisato che è possibile distinguere due possibili meccanismi di adozione del termine straniero: si può parlare innanzitutto di *prestiti di necessità*, quando si avverte l'esigenza di designare un nuovo oggetto o comunque un nuovo referente, solitamente proveniente dallo stesso luogo o dalla stessa cultura nella quale il termine da adottare è stato coniato (*juke-box*, *hamburger*, *internet*, ecc.), riempiendo in tal modo un reale e sopravvenuto vuoto lessicale o semantico; *prestiti di lusso* (o "di prestigio"), sono invece quelli, teoricamente superflui, che vengono introdotti per la particolare sfumatura espressiva che hanno e per la loro capacità di aumentare il "prestigio" o il fascino di ciò che designano (*manager*, *baby-sitter*, ecc.) pur esistendo già, nella lingua di adozione, un termine col medesimo significato, ma di minor capacità evocativa dell'oggetto o del concetto da designare.

Trasportando il discorso dal campo della linguistica a quello del diritto, occorre chiedersi se l'introduzione del termine "stalking" e del suo relativo referente ontologico nella nostra cultura giuridica abbia rappresentato un semplice prestito di lusso, riguardando una fenomenologia comportamentale già ben inquadrata sia socialmente che normativamente, anche se diversamente denominata e tipizzata dal diritto. O se si sia trattato di un fenomeno di importazione che abbia su-

perato la mera dimensione linguistica, portando con sé la presa di consapevolezza e la registrazione di una determinata devianza sociale che fino a quel momento non era stata correttamente avvertita dall'ordinamento, e che dunque abbisognava di apposita veste giuridica per poter essere efficacemente contrastata.

È in quest'ottica che andrebbe inquadrata la vicenda legislativa con la quale è stato introdotto nel nostro ordinamento, nel 2009, il delitto di "atti persecutori", previsto e punito dall'art 612-bis c.p. Che in sostanza vuol dire verificare se da un punto di vista politico-criminale, storicizzando la ratio della vicenda normativa², la scelta sia stata fondata su una corretta individuazione dei beni giuridici da proteggere ed un'altrettanto corretta individuazione delle tecniche di tutela di quei beni; oppure se non si sia trattato di un "lussuoso" cambio di veste di istituti ed assetti di tutela già presenti nel nostro ordinamento, anche se probabilmente insufficienti ad assicurare una adeguata protezione rispetto a determinate categorie di soggetti più esposte a condotte di tipo persecutorio, e sicuramente poco "persuasivi" dal punto di vista delle aspettative sociali (anche a fronte di una mediatica sovra-rappresentazione di tale emergenza criminale³); almeno da registrare, quindi, dal punto di vista sanzionatorio.

Il referente al quale il termine *stalking* rimanda, in effetti, attiene ad una fenomenologia comportamentale assai complessa, da sempre esistita nella storia della civiltà umana, poiché relativa alle dinamiche di esordio, di sviluppo o di risoluzione delle più intime relazioni intersoggettive; e che tuttavia è salita alla ribalta delle cronache solo in tempi relativamente recenti, diventando argomento di interesse e dibattito in svariati settori della comunità scientifica solo a partire dagli anni novanta⁴, decennio nel quale si approfondiscono,

² La necessità di inquadrare ogni fenomeno normativo in un preciso orizzonte storico di riferimento viene evidenziata da LO MONTE E., *L'individuazione delle "condotte reiterate" (art. 612-bis c.p.): tra lacune legislative e discutibili applicazioni giurisprudenziali*, in *Cass. Pen.*, 2011, 1, p 158, per cui «il sistema delle norme, la sua funzione oggettiva, il suo esatto contenuto non possono essere scientificamente determinati e valutati, se non nella loro connessione con la realtà storica entro cui sono determinati. La scelta dei beni, così come l'individuazione delle tecniche di tutela, risultano fortemente influenzate da determinati presupposti storico-ideologici, di modo che il processo di normazione si salda su individuate matrici fondamentali, e tra queste l'ideologia, quale progetto programmatico di conformazione socio-politica». Sul punto v. PULITANO D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976, p 64.; STILE A.M., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, francese e spagnola a confronto*, Cedam, 1995, p. 288.

³ Si veda, sul punto, MAUGERI A.M., *Lo stalking tra necessità-politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2010, *passim*.

⁴ Le prime cronache riportate sul fenomeno risalgono agli anni settanta, mentre le prime indagini di natura scientifica risalgono al decennio successivo, prevalentemente concentrate sul c.d. *stalking*, cioè sulla ossessiva ed irrealistica relazione instaurata dall'autore del comportamento rispetto ad un personaggio famoso, in particolare appartenente al mondo dello spettacolo. Sul punto,

¹ Cfr. LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "Atti persecutori"*. "Stalking the Stalking", in *Dir. pen. e proc.*, 2010, n.7, p. 870, in nota; PITTARO P., *L'inquietante fenomeno dello stalking fra carenze legislative e principio di legalità*, in *Corr. mer.*, 12, 2008, p 1288; BONA M., «Stalking»: una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti, in *Danno e resp.*, 11, 2004, 1050.

soprattutto negli Stati Uniti, studi giuridici, criminologici, sociologici e medico-psicologici sul fenomeno ed appaiono anche le prime legislazioni in materia, *in primis* quella Californiana del 1990, che farà da apripista alle normative adottate in seguito negli altri paesi⁵.

Fenomeno dunque non nuovo, ma complessivamente percepito come distinto rispetto ad altri paradigmi criminoso antisociali più tradizionali (minacce, violenze private, molestie ecc.) solo a partire dal finire degli anni 2000⁶, ed in parte affermatosi nella coscienza

LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà e vizi del tipo*, cit., p. 870.

⁵ Proprio la pionieristica esperienza delle legislazioni statunitensi ha confermato tutta la difficoltà di trasferire in termini giuridici un fenomeno che già dal punto di vista ontologico presenta contorni assai sfuggenti. Tacciate spesso di *vagueness* (la nostra indeterminatezza), le legislazioni dei singoli stati federali hanno dovuto di conseguenza affrontare il vaglio di costituzionalità presso le Supreme Corti territoriali con alterne fortune: così ad esempio, se, la legislazione californiana, nel caso *People vs. Ewing* (*People vs. Ewing*, 76 Cal. App., 4th 199-1999) fu dichiarata sufficientemente determinata (*notoverlyvague*) in quanto l'elemento fondamentale della condotta (*l'harrasement*, la molestia) si affidava ad elementi oggettivi definiti in maniera circostanziata, l'*antistalkingstatute* introdotto nel Kansas fu invece travolto dalla pronuncia di incostituzionalità (*State vs. Rucker*, 987 p. 2d 1080 - Kan. 1999), poiché la Corte Suprema di quello Stato ebbe a rilevare come, diversamente proprio dalla normativa californiana, il fulcro della fattispecie incriminatrice si impernasse su di un elemento troppo vago ed arbitrario, quale quello della sensibilità personale della vittima, di fatto collegando la punibilità dell'autore della condotta alla personalissima ed emotiva percezione dei suoi effetti da parte della vittima. Con conseguente necessità per il legislatore dello Stato di riparametrare in termini più oggettivi lo *statute*, individuando in un astratto tipo medio (*la reasonable-person*) il punto di riferimento per accertare la sussistenza dello stato di sofferenza emotiva causato dalla condotta molesta. Anche altre legislazioni statunitensi hanno subito lo stesso percorso evolutivo, a conferma che scelte politico criminali che hanno ad oggetto fenomeni dallo statuto gnoseologico incerto fatalmente portano ad adottare modelli di tipizzazione che fuoriescono dai paradigmi di una corretta normazione penale, *in primis* quelli costituzionalmente cogenti relativi alla determinatezza ed afferibilità del tipo legale di incriminazione. Sul punto v. ALBERICO A., *La reiterazione delle condotte nel delitto di atti persecutori*, in *Penale Contemporaneo*, 2011; LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà e vizi del tipo*, cit., p. 879.

⁶ Più che mai profetiche le parole di BONA M., «*Stalking*», cit., 1051: «la complessa realtà fenomenologica delle molestie non è certo una novità, né i molestatori insistenti sono degli estranei per il diritto. In realtà, verrebbe da osservare, non vi è proprio nulla di nuovo sotto il sole. Sostanzialmente queste medesime osservazioni ebbero a passare per la mente dimolti interpreti, quando alle soglie del 2000 si cominciò a sponsorizzare in ambito giuridico il «*mobbing*», sennonché, dopo un'esperienza sia pur ancora racchiusa in un circoscritto numero d'anni, si può oggi ben affermare che il «*mobbing*» ha costituito e risulta per il diritto un *quid pluris*, un valore aggiunto, un utile strumento in più, un modo nuovo di leggere fenomeni già sotto gli occhi di tutti e che pure, perlomeno non sempre, trovavano la veste giuridica che ne racchiudesse, efficacemente, tutti gli aspetti. L'etichetta «*mobbing*» è stata indubbiamente una chiave di svolta, uno stimolo per affinare gli strumenti offerti dalla responsabilità penale e civile, e, soprattutto sul primo versante, per mettere a fuoco alcuni vuoti di tutela... Sotto questi profili, lo «*stalking*» potrebbe... condividere invero le stesse sorti del «*mobbing*». Come quest'ultima etichetta,

za comuneanche attraverso un costante, tamburellante, *battage* mediatico che, a torto o a ragione, ha contribuito ciclicamente ad innalzare livelli di guardia e le richieste di tutela della popolazione, messa in allarme controogni sorta di comportamento deviateche, a vario titolo, potesse inserirsi nel vasto ed etereo concetto di sicurezza, etichetta di numerosi «pacchetti» legislativi con i quali si è provveduto ad attuare le più recentiriforme in materia penale, con interventi a volte al limite della schizofrenia legislativa ed in ogni caso quasi sempre all'interno di normative disorganiche edai contenuti eterogenei⁷.

Ciò nonostante, non vi è dubbio che il fenomeno dello *stalking* meritasse un'attenta considerazione da parte degli organi politici, particolarmente rigorosa proprio perché le rilevazioni empiriche e le ricostruzioni del fenomeno *dequo* sotto i diversi profili sociologici, criminologici, vittimologici, ed ancora medico-legali e psicologici, hanno contribuito a restituircene un'immagine piuttosto sfumata: se genericamente è possibile affermare che lo *stalking* consiste nell'atteggiamento di chiattua «una serie di comportamenti ripetuti e intrusivi di sorveglianza e controllo, di ricerca di contatto e comunicazione nei confronti di una «vittima» che è infastidita e preoccupata da tali attenzioni e comportamenti non graditi»⁸, l'esperienza ci insegna che siffatto schema è in grado di abbracciare una variegatissima serie di atteggiamenti e di situazioni, sia in termini di condotteastrattamente riconducibili al prototipo comportamentale, sia in termini di effettivo e dimostrabile disvalore delle condotte rispetto ai beni aggrediti da tali atteggiamenti persecutori, *in primis*

lo «*stalking*» potrebbe non solo condurre a nuove riflessioni sugli strumenti attualmente esistenti e disponibili sul piano del diritto, ma altresì avviare una serie di reazioni a catena: molte vittime, richiamate da un termine sicuramente ad alto potenziale mediatico, potrebbero essere incentivate a cercare e pretendere ascolto, tutela e giustizia; ciò, verosimilmente, potrebbe indurre una più intensa attenzione delle istituzioni nazionali e locali, spingendole a strutturarsi per una maggiore e più efficace prevenzione del fenomeno... Indubbiamente, lo «*stalking*» trova terreno fertile, laddove le potenziali vittime non dispongono di informazioni e di istruzioni su come contrastare eventuali attacchi degli «*stalker*», oppure, a «*stalking*» iniziato, non trovano né centri di assistenza specializzati, né tanto meno – ciò che più conta – forze di polizia preparate a gestire certe situazioni con tempestività ed efficacia. Pare proprio indubbio come le nostre forze di pubblica sicurezza difettino d'organizzazione e di preparazione per fronteggiare fenomeni di questo tipo. Tuttavia, a ben osservare, mancano a monte strumenti giuridici di tutela per inibire lo «*stalker*» dalla prosecuzione della sua condotta... Il giurista, dunque, si trova dinanzi ad una realtà che può certo offrire molti spunti di riflessione, e l'ingresso in campo dell'etichetta «*stalking*» pare indubbiamente destinato a creare nuovi stimoli per mettere mano agli strumenti oggi esistenti».

⁷ Sul punto, MARZADURI E., *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida dir.*, 2009, n. 10, 39.

⁸ Così MERCURI R., *Lo stalking, ovvero la sindrome del molestatore assillante*, in *Il consulente familiare*, 2004, 1, 17.

la libertà di autodeterminazione della vittima. L'inevitabile tensione tra la necessaria rigidità dell'astratto tipo normativo e la possibile fluidità del concreto tipo fattuale rischia qui di superare il punto di rottura.

Per non parlare dei contesti, i più disparati, nei quali simili statuti relazionali deviati, a volte patologici, possono verificarsi: dal "classico" (e statisticamente più frequente) caso dei rapporti sentimentali (pretesi o reali) e delle relazioni di coppia (ancora in corso o esauritesi), fino a quello relativo a sentimenti di idolatria nei confronti di soggetti famosi e di celebrità del mondo dello spettacolo, dell'arte, dello sport; dall'ambito lavorativo e professionale (lavoratori licenziati o al contrario vessati, clienti o pazienti insoddisfatti, addirittura l'individuazione del professionista come unico referente umano) a quello della condivisione di spazi esistenziali privati (ad esempio quelli condominiali). Potenzialmente in ogni contesto sociale è possibile registrare esperienze di persistenti condotte vessatorie o invadenti degli altrui spazi vitali. Mentre i soggetti coinvolti, sia autori che vittime, possono non solo essere spinti da diversi processi motivazionali, ma anche presentare differenti gradi di integrità psico-fisica o di semplice tenuta psicologica, con il rischio di soggettivizzare al massimo la rilevazione del fenomeno, e di sovrapporre dati fenomenici reali con dati introspettivi o semplicemente percepiti, con ciò che comporta in termini di giusto peso da attribuire, negli equilibri delle eventuali fattispecie incriminatrici, agli elementi di natura psicologica⁹.

Ed ancora, i comportamenti intrusivi possono esprimersi non solo in atteggiamenti di fisica ed inopportuna presenza nei luoghi di abituale frequenza della vittima, ma anche esprimersi attraverso l'uso (o meglio l'abuso) di un qualunque mezzo comunicativo, (orale, scritto, telefonico, cibernetico – il cd. *cyber-stalking*), anche indirettamente rivolto alla vittima, tanto da chiedersi, come nel caso dal quale prendono spunto tali riflessioni, se persino con il mezzo della stampa, e passando per l'eventuale diffamazione del soggetto passivo, si possa provocare un malessere tale da integrare uno o più degli eventi lesivi dell'altrui sfera di libertà personale (aprendo legittimi interrogativi sulla ragionevolezza di scelte politico-criminali che portano ad adottare statuti di tipicità talmente ampi da poter contenere una così diversificata gamma comportamentale).

Infine i diversi stadi di lesione o messa in pericolo dei beni eventualmente coinvolti, non sempre in rapporto di omogeneità (e forzatamente riconducibili

sotto l'unitaria egida della "libertà morale"), rendono difficoltosa anche l'individuazione di una razionale dosimetria sanzionatoria¹⁰. Senza considerare inoltre la possibile progressione criminosa che dal logorio psichico provocato da insistenti minacce e seccanti intrusioni può sfociare in ben più feroci condotte lesive dell'incolumità personale o della stessa vita della vittima di persecuzioni; fenomeno statisticamente significativo, da contrastare, ma difficile da pronosticare con esattezza, e che rischia di far scivolare le valutazioni legislative, nonché le conseguenti dinamiche di accertamento probatorio, su riferimenti di tipo autoriale, pur sempre pericolosi rispetto alla tenuta delle garanzie sostanziali e processuali legate ai principi di un diritto penale del fatto.

Quando hanno a che fare con lo "stalking", in definitiva, i legislatori hanno a che fare con un oggetto difficile da maneggiare, almeno con lo strumentario penalistico classico: un *quid* fenomenico che per sua natura sembra anzi porsi come potenzialmente anti-tetico rispetto ad un modello di incriminazione che la tradizione giuridica moderna ha cercato di costruire attorno all'ideal tipo della *condotta materiale*, oggettivamente e soggettivamente imputabile al suo autore, secondo meccanismi riconoscibili e verificabili, un modello di incriminazione la cui forma (determinatezza) e contenuto (materialità/offensività) sono imposte dall'esigenza di massimizzare il rispetto dei fondamentali principi a tutela dell'individuo contro la ferocia del potere punitivo statale.

E tuttavia una tradizione che sempre più spesso si è trovata a dover "modellare" in strutture normative delle realtà più complesse, dei fenomeni più che dei fatti¹¹, delle ipotesi nelle quali le granitiche impostazioni dell'ideologia classica devono in qualche misura essere smussate, pur sempre attraverso una ricerca di equilibrio tra la salvaguardia di quegli irrinunciabili principi di garanzia e la necessità di affrontare contegni criminali inediti con adeguate tecniche di tipizzazione¹².

Proprio la presa di coscienza di una maggiore complessità e disomogeneità del fenomeno in analisi, dovrebbe invitare il legislatore intenzionato a configurar-

⁹ «Il grado delle sofferenze e dei disagi patiti dalle persone che subiscono comportamenti persecutori dipende, oltre che dalla tipologia e dalla intensità di questi ultimi, anche dalle soggettive connotazioni psichiche delle vittime, le quali possono percepire e reagire diversamente di fronte alle medesime condotte» Cfr. MACRÌ F., *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e del nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 821.

¹⁰ «Si può distinguere al riguardo tra 'stalking grave'... e 'stalking lieve'... rimarcando sin da ora come le ricerche statistiche mostrino una tendenziale escalation delle molestie, cioè l'intensificazione delle condotte persecutorie da parte del soggetto agente con il passare del tempo. In linea di massima si può parlare di 'stalking grave' sotto il profilo qualitativo nei casi in cui lo *stalker* compia anche atti di violenza fisica di apprezzabile entità, minacce gravi e reiterate, aggredisca sessualmente la vittima o ne leda considerevolmente il patrimonio, mentre sotto il profilo quantitativo si può ravvisare la sunnominata tipologia di comportamenti persecutori nel caso in cui questi assumano una pervasività e costanza tale da accompagnare quotidianamente o quasi la vita della persona presa di mira. Lo 'stalking lieve' racchiude invece, per esclusione, le residue ipotesi», cfr. MACRÌ F., *op. e loc. ult. cit.*

¹¹ LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà e vizi del tipo*, cit., p. 871.

¹² Sul tema, v. PULITANÒ D., *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 799 ss.

ne una corrispondente ipotesi delittuosa alla massima prudenza, allargando quanto più possibile la base di sapere disponibile; lasciandosi supportare dai contributi e dalle affermazioni provenienti dai quei vari settori scientifici (soprattutto sociologici – anche sub-specie psico-sociologici – e medico-psichiatrici) che hanno in larga misura contribuito a fornire un percorso epistemologico atto a cogliere i tratti essenziali e caratterizzanti (nonché i limiti di comprensione) del fenomeno empirico¹³.

Approfittando inoltre, ove esistenti, delle esperienze fornite da altri ordinamenti che abbiano già intrapreso tale percorso, che abbiano cioè già cercato di registrare in formule giuridicamente valide (cioè rispettose dei deontologici *standards* di formulazione delle norme incriminatrici ma al contempo «empiricamente corrette») un fenomeno che naturalisticamente si snoda attraverso cangianti dinamiche di relazione, più complesse rispetto alla mera sequenza di una o più tipologie comportamentali, un fenomeno che rappresenta «un modello di interazione soggettiva piuttosto che una vera e propria condotta precisamente identificabile»¹⁴.

3. La sua trasposizione normativa: l'introduzione dell'art. 612-bis c.p. La struttura della fattispecie tra apparenti vincoli di forma e necessità di tutela

Se considerati in una prospettiva, per così dire, “atomistica” (cioè al netto della loro eventuale esecuzione seriale e della loro efficacia causale rispetto ad uno strutturato episodio di turbamento psico-fisico della vittima) i singoli comportamenti che possono costituire la base fattuale dello *stalking* sono i più svariati, e sono eventualmente riconducibili ad un policromospettro di tipicità, in cui ritroviamo fattispecie strutturalmente disomogenee ed anche molto distanti in termini di complessivo disvalore: ad esempio, a titolo squisitamente esemplificativo, si potrebbe trattare di fatti di calunnia (art. 368 c.p.), di ingiurie (art. 594 c.p.), di violenza privata (art. 610 c.p.), di minaccia (art. 612 c.p.), di danneggiamento (art. 635 c.p.), di violazione di domicilio (art. 614 c.p.), reati informatici, o anche di semplici molestie, attuate con qualsivoglia mezzo.

Un complesso di disposizioni il più delle volte insufficiente, di per sé, ad imbrigliare nelle maglie della rispettiva tipicità un fenomeno di *stalking*, poiché, nella realtà, tali tipologie delittuose, ed altre ancora più efferate, potrebbero rappresentare (e di solito rappresentano) non tanto la modalità direttamente esecutiva di un disegno persecutorio, quanto il probabile e paventato esito di semplici, anche se insistenti ed

invasivi, comportamenti molesti. Potrebbero cioè solo rappresentare, in chiave soggettivamente prognostica, quel temuto *excursus* da cui deriva la situazione di stress emotivo e di condizionamento vitale per la vittima di *stalking*. Elementi che condizionano il processo causale solo da un punto di vista psicologico, del pericolo avvertito, ma non sufficienti certamente ad integrare un *quid* oggettivo-materiale penalmente significativo. Con ovvi limiti di rilevanza ed assoluta inapplicabilità delle disposizioni che ne prevedono il tipo. In questi casi, a dispetto anche di un ragionevole giudizio prognostico di elevata verificabilità dell'ipotesi delittuosa temuta, l'unica fattispecie richiamabile, ove il comportamento persecutorio non sconfinasse nella suddetta ipotesi, sarebbe quella di *molestie*, prevista dall'art. 660 c.p., per di più di natura contravvenzionale.

Un campionario di tipicità sicuramente insufficiente, inoltre, poiché, quand'anche il contegno persecutorio fosse sfociato in forzate forme di condizionamento del regolare svolgimento della vita privata e sociale della vittima, la generica ed “archetipa” disposizione sulla violenza privata (art. 610 c.p.), pur assicurando un trattamento sanzionatorio compatibile rispetto alla gravità dell'episodio criminoso (è prevista la reclusione fino a quattro anni) e pur dotata di ampio raggio descrittivo, avrebbe incontrato insormontabili ostacoli applicativi, in particolare nel caso di condotte minatorie generiche, rispetto alle quali sarebbe stato difficile rilevare la strumentalità rispetto al contegno cui la vittima si fosse sentita costretta¹⁵, pena una eccessiva ed arbitraria dilatazione del dato testuale di riferimento¹⁶.

Il legislatore italiano decide, dunque, di aggiornare il proprio armamentario penale a tutela della persona, uniformandosi ad una opzione politico-criminale condivisa dalla pressoché totalità delle legislazioni *di tipo* occidentale. Decisione del tutto condivisibile, a fronte della verificata inadeguatezza del tessuto codicistico tradizionale, ispirato ad un insufficiente, a volte arcaico, sistema di valorizzazione dell'individuo e dei suoi beni fondamentali; insensibile, in particolare, rispetto alle esigenze di protezione, in una società ormai debole, di soggetti più esposti a quotidiane forme di violenza, in particolare le donne.

¹³ Sul punto v. CADOPPI A., *Stalking: solo un approccio multidisciplinare assicura un'efficace azione di contrasto*, in *Guida dir.*, 2007, n. 7, p. 10 ss.

¹⁴ LOSAPPIO G., *op. cit.*, 871.

¹⁵ Sul punto MACRÌ F., *La repressione penale dello stalking prima e dopo l'introduzione del delitto di “Atti persecutori”*, in *Corr. mer.*, 11, 2009, 1133. Nella violenza privata, in effetti, ci troviamo di fronte ad una struttura *unidirezionale*, nel senso che il contegno cui la vittima si sente costretta è proprio quello avuto di mira dall'autore della condotta minacciosa o violenta, che utilizza le proprie energie causali per eterodirezionale i comportamenti altrui. Nel caso dello *stalking*, invece, i comportamenti cui la vittima si sente costretta vanno, il più delle volte, in direzione diametralmente opposta rispetto agli scopi del persecutore. Il parametro causale da utilizzare nelle due ipotesi è, o può risultare, dunque completamente differente.

¹⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale, p.s. I*, III ed., Padova, 2008, p. 312.

Se non *de facto*, quindi, quanto meno *culturalmente* (vale a dire nella sua effettiva percezione normativa e sociale) il fenomeno *stalking* rappresenta una assoluta novità nel nostro ordinamento giuridico, una doverosa importazione *di necessità*, con conseguenti tratti di discontinuità rispetto al previgente assetto di tutela, anche a dispetto di una possibile sovrapposizione linguistica tra le vecchie e le nuove disposizioni astrattamente riconducibili alla fenomenologia criminosa in esame. Vale a dire che le disposizioni di nuovo conio, in quanto rivolte ad un inedito referente fattuale, potrebbero subire un regime interpretativo ed applicativo del tutto originale nonostante si faccia testualmente riferimento ad un lessico giuridico di impronta tradizionale (ed il pensiero corre immediatamente alle possibili condotte della nuova ipotesi delittuosa, formalmente etichettate come *minacce* o *molestie*, ma che, come si vedrà a breve, potrebbero voler dire qualcosa di più o di diverso rispetto alle classiche figure delittuose *ex art.* 612 e 660 c.p.).

La disciplina del reato di *stalking* è affidata all'art. 612-*bis* c.p., rubricato «atti persecutori». La fattispecie astratta, introdotta con d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009 n. 38¹⁷, è di recente stata ulteriormente innovata dal d.l. 14 agosto 2013 n. 93, convertito, con modificazioni, in l. 15 ottobre 2013 n. 119¹⁸ e punisce con la reclusione da sei mesi a cinque anni «*chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita*». Al secondo comma, così come risultante dalla novella del 2013¹⁹, è disposto un aggravio di pena nelle ipotesi in

cui il fatto sia commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa (cd. *Stalking intra familiare*); nonché nel caso in cui il fatto sia perpetrato attraverso strumenti informatici o telematici (cd. *cyberstalking*).

Il profilo strutturale della norma fa leva su due elementi (o gruppi di elementi) caratterizzanti: la tipologia di condotta incriminata e gli eventi da questa, alternativamente, derivanti; la primissima impressione, cioè, è che ci si trovi di fronte ad una fattispecie *di evento a forma vincolata*²⁰, lasciando per il momento impregiudicato l'interrogativo se si tratti di evento di danno piuttosto che di evento di pericolo. In accordo con la dimensione empirica del fenomeno, la sequenza causale condotta-evento deve svilupparsi in un contesto seriale, di ripetitiva ed insistente intrusione nella sfera personale del destinatario della condotta²¹: richiedendo condotte *reiterate*, il legislatore sembra aver optato per la configurazione del delitto di atti persecu-

condotta del solo coniuge legalmente separato o divorziato o di chi sia stato legato da precedente relazione affettiva alla persona offesa, la nuova versione normativa amplia i confini, sia soggettivi, della fattispecie aggravata (ponendosi in un rapporto di evidente conflittualità con la fattispecie di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 575 c.p.) che oggettivi, con l'intento di dare una risposta quanto più pervasiva all'esigenza politico-criminale riscontrata a fondamento della manovra di cui alla l. n. 119/13, comunemente nota come *Legge sul Femminicidio*.

²⁰ Una alternativa ed interessante lettura del testo dell'art. 612-*bis*, ricaverebbe dalla disposizione una struttura più complessa, tripartita, del delitto di *stalking*, per cui il requisito della reiterazione non andrebbe riferito alle minacce ed alle molestie, ma ad altre condotte, non specificate, le quali dovrebbero provocare un *sub-evento* intermedio, consistente nell'effetto di minacciare o molestare la vittima, e dalle quali scaturirebbe come esito finale uno dei tre eventi tipici. Una lettura che, pur trovando sicuri appigli nel tenore letterale della disposizione in commento, rischia, pur aumentandone a tre gli *step* per il conseguimento della dimensione tipica, di volatilizzare ancora di più la cifra di precisione della norma, poiché la base fattuale risulterebbe a forma *libera*, circoscritta unicamente dal requisito della reiterazione e dalla efficienza causale rispetto all'evento intermedio di molestie o minacce. Cfr. LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà e vizi del tipo*, cit., p. 873; MANNA A., *Visione "minimalista" o "espansiva" della fattispecie di atti persecutori?*, nota a Cass., sez. V, 5 luglio 2010, n. 25527, in *Giur. it.*, marzo 2011, p. 635.

²¹ La serialità delle condotte è dato duplicemente pregnante: sia dal punto di vista della tipicità del comportamento, poiché nell'ampio catalogo dei possibili comportamenti tenuti dallo *stalker*: talvolta si annovera anche una serie di attività che, in sé singolarmente considerate, risulterebbero «innocue, normali e socialmente accettate» (l'invio di fiori o regali, l'inoltro di una lettera appassionata o di e-mail o di un sms, ed altri gesti che denotano, in qualche modo, un gesto o una richiesta d'attenzione), ma che «fuoriescono dalla normalità e divengono antisociali nel momento in cui diventano ripetute, insistenti ed intrusive, e dunque sono percepite negativamente dalla vittima, come violazione della sua sfera privata» (cfr. BONA M., «*Stalking*», cit., 1050); sia dal punto di vista causale, poiché i tre possibili ed alternativi eventi, come si vedrà, richiedono necessariamente, per giustificare la natura sufficientemente strutturata, una persistenza della condotta a monte.

¹⁷ Per un commento alla normativa in questione cfr. AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 13 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di Mazza e Viganò, Torino, 2009; AA.VV., *Commento articolo per articolo al d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. con modif., in l. 23.4. 2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, *Leg. pen.*, 3, 2009, 415 e ss..

¹⁸ Per i primi commenti sulla normativa in questione, LO MONTE E., *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di 'femminicidio'*, in *Penale Contemporaneo*, 12 dicembre 2013; RECCHIONE S., *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in *Penale Contemporaneo*, 15 settembre 2013; PISTORELLI L., *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di "violenza di genere" e di reati che coinvolgono minori*, in *Penale Contemporaneo*, 18 ottobre 2013.

¹⁹ L'attuale secondo comma è stato così modificato dall'art. 1, comma 3, lett. a), del d.l. 14 agosto 2013, n. 93 convertito dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119: «La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici». Rispetto alla precedente formulazione, aggravante la

tori come *reato abituale*²². Non sono presenti, se non sotto forma di aggravante, riferimenti a precisi statuti relazionali tra autore e vittima del delitto²³.

La condotta deve consistere in *minacce* o *molestie*: per la corretta delimitazione dei relativi concetti semantici, parte della dottrina e della giurisprudenza si sono pacificamente adagate sui parametri già fissati con riferimento agli artt. 660 e 612 c.p.²⁴. Ne deriva che per *minaccia* deve intendersi la prospettazione di un futuro male ingiusto, tale da turbare la tranquillità di una persona media; per *molestia*, invece, tutte le condotte idonee ad arrecare un disturbo ed un'indebi-

ta intrusione della sfera privata altrui²⁵.

L'indicazione da parte del legislatore di tali precisi tipi comportamentali ha orientato gli interpreti nel senso di ritenere lo *stalking* una fattispecie a forma vincolata, potendo la condotta dello *stalker* estrinsecarsi solo entro i confini nozionistici del tipo enunciato in norma²⁶.

E tuttavia, come si è avuto modo più volte di precisare, la pedissequa riproposizione in tale contesto di quanto solitamente affermato in ordine alle fattispecie base richiamate (riproposizione se non altro suggerita da esigenze di certezza e coerenza sistematica) deve fare i conti con l'assoluta novità del tipo normativo enucleato dal legislatore; il quale, pur affidandosi ad un lessico già altrove in uso, lo ha tuttavia contestualizzato in una più ampia trama descrittiva, ove l'incontro con altri estremi di tipicità potrebbe influenzare e direzionare la comprensione di ogni suo singolo segmento tipico²⁷.

La condotta minacciosa o molesta, in particolare, oltre ad essere caratterizzata dalla serialità, deve anche connotarsi in chiave di petulanza ed intrusività tali da cagionare almeno uno degli eventi lesivi paventati dal legislatore.

La rigidità del canone comportamentale va calibrata in funzione dell'orientamento finalistico delle condotte stesse, poiché è proprio la loro attitudine ad arrecare disturbo e squilibrio nella sfera privata altrui che dovrebbe connotarle in termini di sufficiente determinatezza e riconducibilità al tipo.

In quest'ottica, dunque, se si prende in considerazione la *minaccia*, il "calco" imposto dal formante *ex art. 612 c.p.*, richiederebbe, quale oggetto dell'intimidazione, un danno *ingiusto*, inteso normalmente quale contrarietà dello stesso al diritto²⁸. Se però si proietta il prototipo comportamentale verso il disvalore tipico dello *stalking*, costituito dal perturbamento della vita privata della vittima, è facile rendersi conto che una

²² È infatti un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza quello volto a ritenere che ove il legislatore richieda, per la realizzazione di una fattispecie delittuosa, il compimento di una *serie di atti* e questi siano collegati, sul piano oggettivo, da un nesso di successione temporale (*abitualità*) e, su quello soggettivo, da un'unica intenzione criminosa, non possa che trattarsi di un *reato abituale* (in tal senso Cass., sez. VI, 27 maggio 2003, C., in *Cass. pen.*, 2005, 862; Cass., sez. VI, 12 aprile 2006, C., in *Guida al dir.*, 2006, 38, p. 77 ss. richiamate da VALSECCHI A., *Il requisito della reiterazione delle minacce o delle molestie nella recente giurisprudenza di merito e di legittimità* pubblicato in *Penale Contemporaneo*, 15.12.2010); in particolare il reato di atti persecutori è indicato come reato *abituale cd. proprio* in DE FILIPPIS S., *Elementi idonei ad integrare il reato di stalking. Breve analisi di un reato di nuova configurazione*. Nota a sentenza Cass. pen. III, 11 febbraio 2014 (ud. 20 novembre 2013) n. 6384 (Pres. Fiale, Rel. Izzo), in *Giurisprudenza Penale* 28 marzo 2014: tale opzione interpretativa è basata sull'assunto per il quale le condotte singolarmente costituenti la fattispecie *de quo*, se considerate isolatamente, svincolate cioè dal nesso oggettivo dell'abitualità, sarebbero penalmente irrilevanti o idonee ad integrare fattispecie penali minori quali minacce e molestie, è dunque la loro reiterazione nell'ambito di uno schema (temporale e volitivo) unitario a caratterizzare l'autonoma ipotesi delittuosa di atti persecutori (sub specie di reato abituale proprio). Chi, invece, sostiene che tale fattispecie rientri nel "tipo" dei *reati necessariamente abituali* individua nella reiterazione, piuttosto che nella natura di ogni singolo atto, l'elemento costitutivo del reato: in tal senso CARINGELLA F. - DE PALMA M. - FARINI S. - TRINCI A., *Manuale di Diritto Penale*, p.s., Dike, 2010, 1027 ss. per i quali i singoli atti, se posti in essere in un'unica occasione, con un dolo estemporaneo, non integrano il delitto di *stalking* ma eventualmente altre fattispecie delittuose (es. minacce o violenza) al più legate dal vincolo della continuazione.

²³ Lo *stalking* è quasi sempre un fenomeno di tipo relazionale, che trova la sua genesi in rapporti interpersonali preesistenti rispetto alle condotte moleste. Nella maggior parte dei casi lo «*stalker*» ha cioè rapporti più o meno intensi di conoscenza con la sua vittima (un partner, oppure un amico, un vicino di casa, un collega di lavoro), ma vi sono anche delle ipotesi in cui il molestatore insistente si accanisce contro soggetti con i quali non aveva mai intrattenuto rapporti pregressi di conoscenza. Critico sulla tecnica di adozione della forma del reato *comune*, Cfr. LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà*, cit., 872.

²⁴ MACRÌ F., *Modifiche*, cit., 824; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, p.s., vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Terza edizione, Zanichelli, Bologna 2011. Cfr. altresì da ultimo Corte Cost. n. 172 dell'11 giugno 2014 «*L'art. 612-bis cod. pen. si configura come specificazione delle condotte di minaccia o di molestia già contemplate dal codice penale, sin dalla sua originaria formulazione, agli artt. 612 e 660 c.p. (...)»*.

²⁵ In particolare, la citata sentenza della Corte Cost. n. 172, del 11 giugno 2014, sostiene: «*La condotta di minaccia, (...) è oggetto della specifica incriminazione di cui all'art. 612 cod. pen. e, (...) essa consiste nella prospettazione di un male futuro. Molestare significa, invece, sempre secondo il senso comune, alterare in modo fastidioso o importuno l'equilibrio psichico di una persona normale. E questo è sostanzialmente il significato evocato dall'art. 660 cod. pen., in cui viene fatto riferimento alla molestia per definire il risultato di una condotta»*.

²⁶ In tal senso MACRÌ F., *op. cit.*; MAFFEO V., *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento al d.l. n. 11 del 2009*, in *Cass. Pen.*, 2009.

²⁷ Ci avverte tuttavia LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà*, cit., 873, che «*assumano o meno un significato inedito rispetto a quello degli omonimi reati del codice*», minacce e condotte «*dovranno essere letti in termini non troppo ampi. L'eventuale ri-descrizione delle minacce o delle molestie dovrà fungere da filtro... le minacce e le molestie dovranno configurarsi come nozioni selettive, anche se nulla impone di fare riferimento al plafond degli artt. 612 e 660 c.p.*».

²⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 312.

siffatta limitazione renderebbe la disposizione irragionevolmente monca rispetto alla realtà fenomenica, laddove è facile immaginare che anche minacce non costituenti illecito, ma tese unicamente a danneggiare il «tessuto di relazioni sociali della vittima», proprio perché viziosamente perpetrate ed utilizzate per minarne la psiche, possano sfociare in uno o più degli eventi tipici dello *stalking*²⁹.

Sotto il profilo delle molestie, invece, avrebbe quasi dell'assurdo, perché anche in questo caso incomprensibilmente *contra facta*, il richiamo ad alcuni degli elementi descrittivi *ex art.* 660 c.p. in chiave limitativa degli atti persecutori, quali il contesto spaziale (luogo pubblico o aperto al pubblico), quello modale (il mezzo del telefono) e, ancora, quello motivazionale (petulanza o altro biasimevole motivo), che non esauriscono certamente le possibili alternative dinamiche con le quali si concretizza il fenomeno *stalking*³⁰; inoltre diventano sussumibili nell'alveo degli atti persecutori anche quelle condotte che, sebbene apparentemente innocue e magari, addirittura, socialmente approvate, finiscono con il colorarsi di rilevanza penale quando idonee a ledere, almeno in potenza, la sfera privata, *sub specie* di libertà morale, altrui. Tali sono, ad esempio, atti quali l'invio frequente ed insistente di fiori, biglietti e cioccolatini ad una persona dissenziente; seguire e/o farsi trovare in posti abitualmente frequentati dalla persona che ha espresso volontà contraria al riguardo; inviti e proposte insistenti nonostante i ripetuti dinieghi; telefonate continue e massiccio invio di sms o di email sgraditi ecc.³¹.

Da quanto evidenziato, sembra doversi escludere quindi che il reato di *stalking* possa considerarsi un reato complesso, che risulterebbe cioè dalla fusione dei reati minaccia e molestie³², o al limite dalla realizzazione di uno dei due modelli base di condotta, cui si aggiungerebbero ulteriori elementi di per sé non costituenti reato (*reato complesso in senso lato*)³³, mentre

²⁹ Critico sul punto LOSAPPIO G., *op. e loc. ult. cit.*, 873, secondo cui «senza la “guida” dell’ingiustizia il concetto di minaccia rischia di divenire particolarmente impreciso e quindi in contrasto con l’esigenza di selettività».

³⁰ LOSAPPIO G., *op. e loc. ult. cit.*; MACRÌ F., *op. e loc. ult. cit.*

³¹ In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 23 aprile 2007, FONTANILE, in C.E.D. Cass., n. 236503; Cass., sez. I, 12 novembre 2009, n. 36, in *Foro it.*, 2010, II, c. 118, «...anche una sola telefonata effettuata dopo la mezzanotte è da considerarsi “molestia” ed integra, pertanto, il reato di cui all’art. 660 c.p.». In dottrina v. MAFFEO V., 2009 *op. cit.*; BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *Entra nel codice la molestia reiterata*, in *Guida dir.*, 2009, n. 10. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, cit.

³² AGNINO F., *Il nuovo delitto di atti persecutori, c.d. stalking, entra subito in scena nelle aule di giustizia*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 71. Contro tale soluzione milita il dato testuale dell’art 612-bis che parla di reiterate minacce o molestie, rendendo possibile dunque anche un rapporto di alternatività tra le stesse, rapporto che sarebbe assolutamente incompatibile con la figura del reato complesso *ex art.* 84 c.p. cfr. ALBERICO A., *La reiterazione*, cit., 10.

³³ PARODI C., *Stalking e tutela penale*, Giuffrè, 2009, 49. Solu-

più suggestiva e coerente con il dato testuale sembra essere la ricostruzione della fattispecie in termini di reato abituale, “dal momento che solo in tal modo si può dare rilevanza sia al dato della pluralità di atti sia a quello dell’assorbimento e contestuale valorizzazione delle condotte penalmente neutre che sovente si affiancano alla commissione del fatto tipico di minaccia o molestia»³⁴.

Il vincolo di forma *ex art.* 612-bis c.p. dunque, sembra essere più apparente che reale, di una consistenza “gommosa”, espandibile in ragione della struttura (reiterata e causalmente orientata) che qui assumono i concetti di molestie e minacce, peraltro già di per sé afferenti ad un bacino di tipicità piuttosto ampio.

Ma d’altra parte, come si è a più riprese evidenziato, questo è l’irrisolto dilemma che si trascina dietro tale fenomenologia criminosa, in perenne bilico tra *deficit* di tutela e sospetti di indeterminatezza, tra esigenze di efficacia repressiva ed esigenze di certezza e verificabilità del diritto: non a caso le questioni di costituzionalità sono state praticamente all’ordine del giorno, sia negli ordinamenti stranieri – anche quelli anglosassoni che per primi l’hanno partorito – sia nella breve ma già travagliata storia del nostro art. 612-bis, costellata da numerose lamentele relative alla formulazione fin troppo generica ed imprecisa del dettato normativo, e, sotto altro profilo, alla difficoltà di superare indenne l’ostacolo della empirica verificabilità processuale dei suoi eventi, evocando alla memoria del commentatore «spettro (e la sorte) del delitto di plagio»³⁵.

Passata indenne attraverso tali censure, la formulazione del precetto è rimasta immutata anche dopo le recenti modifiche legislative³⁶, che hanno lasciato inalterata la struttura base dell’illecito, introducendo soltanto delle ipotesi aggravanti (al comma secondo dell’art. 612-bis c.p.) e la tendenza interpretativa attuale è nel senso di operare una lettura d’insieme della norma che combini condotte ed evento con l’ampia *ratio* sottesa alla previsione codicistica³⁷.

Ad aumentare la cifra di criticità esegetica della disposizione provvede poi il dato della *reiterazione* delle condotte. Termine che, a differenza delle minacce e

zione “ibrida”, ma che anche in questo caso si affida imprudentemente alla figura del reato complesso: se si ammette infatti che lo *stalking* possa realizzarsi anche attraverso condotte penalmente indifferenti, risulta incoerente poi il richiamo all’art. 84 c.p. che richiede invece la sussistenza di «fatti che costituirebbero, per sé stessi reato».

³⁴ ALBERICO A., *La reiterazione*, cit., 11. Si tratterebbe, più di preciso, di reato abituale c.d. *eventuale*, e non di reato *necessariamente abituale*, posto che non è escluso che la singola condotta possa, di per sé, costituire un diverso reato. In tal senso PITTARO P. (a cura di), *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2014, 160.

³⁵ Cfr. ALBERICO A., *La reiterazione*, cit., 1.

³⁶ Apportata con d.l. 14 agosto 2013 n. 93, convertito, con modificazioni, in l. 15 ottobre 2013 n. 119.

³⁷ V. Corte Costituzionale n. 282 del 7 luglio 2010, dep. 23 luglio 2010.

delle molestie, non ha a disposizione neanche qualche fondata tradizione normativa o interpretativa cui aggrapparsi, rappresentando un concetto inedito per l'ordinamento penale (almeno sulla sponda sostanziale³⁸), che fino ad allora conosceva le sole categorie dell'abitudine e della continuazione. Concetti sicuramente affini, con i quali la reiterazione condivide l'idea di una dilatazione temporale nella quale deve snodarsi una pluralità di condotte, ma non necessariamente sovrapponibili. Anzi proprio l'utilizzo di una diversa ed originale terminologia potrebbe spingere, *a contrario*, verso l'adozione di altrettanto originali paradigmi interpretativi³⁹. Quante condotte servano per soddisfare il requisito in parola, ed entro quale forbice temporale debbano verificarsi sono quesiti che potrebbero condurre verso inesplorati percorsi interpretativi⁴⁰.

In assenza di una ulteriore precisazione legislativa circa il tetto minimo di condotte necessarie per l'integrazione del delitto in esame, parte della dottrina ha inizialmente avanzato l'ipotesi della necessità del verificarsi di uno *stilleidid persecutorio*⁴¹, ossia della messa a punto di più condotte, anche minimamente lesive, purché poste in essere entro un lasso temporale ridotto, insistenti tutte sullo stesso bene giuridico tutelato dal legislatore. In questo senso, dunque, la scansione seriale degli atti (il cui numero non è precisabile) nonché la loro modalità esecutiva si lega al criterio crono-

logico (anch'esso non quantificabile), in un contesto globale che deve spiegare causalmente il prodursi di almeno uno dei tre eventi lesivi previsti.

Impostazione minoritaria che cerca, in ogni caso, di affidarsi ad una visione d'insieme⁴² che impone di analizzare la fattispecie concreta alla luce degli eventi che, alternativamente, ne sono comunque elemento costitutivo. In realtà, portando a ragionamenti estremi questa tesi recessiva, si finirebbe comunque con il sovrapporsi alla giurisprudenza maggioritaria in base alla quale anche due sole condotte possono ritenersi sufficienti ai fini della configurabilità del reato, purché causalmente efficienti a produrre uno degli eventi descritti nella norma incriminatrice⁴³. Essendo, infatti, la fattispecie *ex art. 612-bis c.p.* un reato di evento, è alla portata dello stesso che deve rapportarsi la carica offensiva degli atti incriminati, sicché, come anche la giurisprudenza di legittimità più recente ha evidenziato⁴⁴, i comportamenti minacciosi o molesti passibili di rientrare nell'area del delitto di *stalking* sono quelli che, almeno in numero di due, recano un maggior disvalore complessivo rispetto alle comuni minacce e molestie di cui alle ipotesi criminose di minor gravità (quali – ad esempio – i reati di molestie telefoniche e di minaccia in senso generico). Il requisito della reiterazione finisce quindi per costituire un indice dell'idoneità dell'azione *ex art. 49 co. 2° c.p.*⁴⁵.

Da quanto finora rilevato, è possibile notare come l'analisi delle condotte persecutorie, sia che si tratti di definirne i contenuti, sia che si tratti di puntualizzarne il requisito della serialità, non può prescindere dal collegamento finalistico con uno dei tre eventi lesivi della libertà morale descritti dal legislatore, che diventano cruciali per definire la misura degli altri elementi di tipicità.

Si può trattare, precisamente, *di un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto; dello stato di ansia e del forzoso mutamento delle proprie abitudini di vita*. Con tali formule espressive, già ad un primo impatto cariche di polivalenza significativa, il legislatore ha provato a tipizzare le possibili conseguenze negative che le condotte intrusive e persecutorie possono provocare sull'esistenza delle vittime. L'im-

³⁸ La "reiterazione" del reato rappresenta invece una delle situazioni di pericolo cui si ricollega l'applicabilità delle esigenze cautelari *ex art. 274, lett. c) c.p.p.* Ma si tratta, evidentemente, di riferimento inutilizzabile in tale contesto, poiché la reiterazione, in quel caso, è riferita al compimento di ulteriori fatti di reato, già completi dei propri elementi strutturali, e non ad un attributo di qualificazione di quegli stessi elementi.

³⁹ ALBERICO A., *La reiterazione*, cit., 2, e *passim.*; LO MONTE E., *L'individuazione*, cit., 159 ss., il quale, pur condividendo l'opinione generalmente diffusasi in dottrina per cui ci si troverebbe di fronte ad un reato abituale, rimarrebbe comunque aperta «la questione relativa ai parametri di definizione del concetto di reiterazione, rimettendo alla dottrina ed alla giurisprudenza lo sforzo interpretativo-semanticamente necessario a concretizzare la soglia oltre la quale questa venga ad esistere. Se, infatti, l'abitudine presuppone una ripetizione cronicosistemica e non solo episodica di un dato comportamento, la reiterazione implica, invece, la mera realizzazione della condotta più di una volta».

⁴⁰ Definito il *quid proprii* della condotta di *stalking*, è parso ad alcuni commentatori del tutto ingiustificato il silenzio del legislatore su questo specifico requisito, situazione che in assenza di indicazioni sulla frequenza e sulla durata delle condotte moleste sarebbe in grado di dar vita a qualunque decisione con l'unico limite ricavabile dall'interpretazione letterale per cui non è configurabile l'attività persecutoria quando vi sia stata un solo atto di molestie. Cfr. LO MONTE E., *L'individuazione*, cit., p. 162.

⁴¹ Nozione accolta, ad es., da PULITANÒ D., *Diritto Penale, p.s.*, Vol. I, *Tutela penale della persona*, Seconda Edizione, Giappichelli 2014, p. 252. Per l'orientamento maggioritario, ormai consolidatosi, secondo il quale anche due sole condotte sono sufficienti ad integrare il reato di cui all'art. 612-bis c.p. ove entrambe idonee a cagionare almeno uno degli eventi previsti dalla norma. cfr. anche PISTORELLI L., *Nuovo delitto di atti persecutori (c.d. stalking)*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsos 2009.

⁴² Una lettura d'insieme della norma in commento è infatti suggerita anche dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 172/2014 ed è, poi, condizione essenziale alla base di quella giurisprudenza maggioritaria che ha accolto la tesi della sufficienza di due sole condotte ai fini della configurabilità del reato di *stalking*. Trattandosi, infatti, di un reato di evento, non deve rilevare tanto il numero degli atti posti in essere dal soggetto agente, quanto la loro concreta attitudine a ledere il bene giuridico tutelato.

⁴³ Nel senso della configurabilità del delitto di *stalking* anche a fronte di due sole condotte cfr. Cass. pen., sez. V, n. 25527 del 2 marzo 2010 e Cass. pen., sez. V, n. 7601 dell'11 gennaio 2011.

⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 172/201 cit.

⁴⁵ ALBERICO A., *La reiterazione*, cit., 8, il quale poi ci conduce verso il logico *step* analitico successivo, ossia quello relativo alla natura degli eventi in parola, se debbano cioè essere qualificati come eventi di pericolo piuttosto che come eventi di danno.

patto dello *stalking* è potenzialmente devastante, tale da minare seriamente la salute e finanche arrivare ad aggredire la vita della persona tormentata dalla inquietante “presenza” del molestatore (non di rado lo *stalker* giunge a sopprimere la sua preda o la vittima si suicida), causando in ogni caso disagi psichici ed esistenziali che si ripercuotono sulle famiglie e, più in generale, sulle persone che sono vicine alla persona offesa: ogni contesto relazionale della vittima di *stalking* rischia di erodersi, e possono entrare in crisi la gestione dei rapporti familiari e d’amicizia, lo svolgimento dell’attività lavorativa, si può essere costretti a profondi mutamenti delle proprie *routine* esistenziali (numeri di telefono, indirizzi di posta elettronica, posti di lavoro, luoghi di privata dimora o di frequentazione pubblica, vale a dire tutto ciò in cui una persona si identifica e si riconosce, ogni spazio di estrinsecazione della propria personalità).

Una fenomenologia empirica che mostra ancora una volta tutte le sue mutevoli espressioni al legislatore⁴⁶, costretto, in quella che sembra essere la proverbiale quadratura del cerchio, a ricercare espressioni normative che siano il più possibile congruenti al dato fattuale ma nella stessa misura al riparo da quelle carenze descrittive che l’ordinamento penale non tollerebbe.

E tuttavia, proprio su tale delicato crocevia, il legislatore sembra aver fatto prevalere le spinte efficientistiche (quelle tese a massimizzare il *target* di tutela) piuttosto che quelle di ordine garantistico legate alla riconoscibilità/determinatezza del linguaggio da utilizzare: ognuno dei tre eventi viene descritto con lessico assai sfuggente, ad alto contenuto soggettivo/emozionale, oltretutto privo di precedenti nella nostra tradizione giuridica, con il risultato di scaricare poi sull’interprete il difficile compito di salvaguardarne la

⁴⁶ «Si possono distinguere le conseguenze immediate... dalle conseguenze mediate, con riferimento alla derivazione diretta o meno delle medesime dagli atti persecutori subiti. Tra gli effetti più diffusi di quasi tutte le forme di *stalking* vanno annoverati certamente gli stati di stress, di timore, di angoscia e talvolta di panico... che si riscontrano nelle persone perseguitate, spesso abbinati con disturbi del sonno e incubi... stati depressivi... e disturbi dell’appetito. Altri ‘postumi’ ampiamente riscontrati nelle vittime di atti persecutori sono stati emotivi di aggressività, rabbia o suscettibilità, nervosismo, ipervigilanza e difficoltà di concentrazione, e talvolta anche pensieri suicidari, con alcuni casi registrati di tentato suicidio. Anche numerosi strascichi psicosomatici sono stati osservati nelle persone prese di mira dagli *stalkers*, in particolare disturbi alla digestione, stati continui di spossatezza, dolori di stomaco ed emicrania. Tra gli effetti mediati vanno invece ricondotti per lo più cambiamenti, anche radicali, dello stile di vita delle vittime di *stalking*, che vanno dall’astensione dal recarsi in determinati luoghi (onde non incontrare lo *stalker*), al forzato cambio di numero telefonico, di macchina, e addirittura in certi casi di casa o di cognome/nome. Inoltre in numerosi casi il soggetto ‘vessato’ si sente costretto a porre in essere rilevanti misure di autodifesa, come la frequenza di corsi di arti marziali, o l’acquisto di armi da fuoco o di altri strumenti di difesa», cfr. MACRÌ F., *Modifiche*, cit., 822.

tenuta costituzionale, sia sotto il profilo del recupero di afferrabilità di significato, sia sotto il profilo di una verificabilità processuale slegata da riferimenti squisitamente introspettivi.

Le infelici scelte linguistiche, in verità, coinvolgono finanche la locuzione, di tipo modale, prescelta per indicare la relazione causale tra le condotte persecutorie e gli eventi di danno (*inmododa*)⁴⁷, locuzione che secondo parte della dottrina andrebbe a favore di una ricostruzione della fattispecie in termini di pericolo concreto⁴⁸. Circostanza che comporterebbe la necessità di accertare l’evento di pericolo secondo un giudizio di prognosi postuma, già di per sé sbilanciato sul versante della condotta rispetto al normale giudizio causale, ove l’evento presenta una sua più spiccata consistenza materica. In questo caso mancherebbe qualunque elemento di riscontro affidabile, vista la genericità della condotta, da un lato, e la forte caratterizzazione in chiave psicologica degli eventi, dall’altro, con conseguente incontrollato arbitrio da parte dell’interprete, che potrebbe lasciarsi direzionare piuttosto che dalle circostanze concrete del caso, dalle sue personali e pregiudiziali convinzioni sul fenomeno *de quo*.⁴⁹ Meglio allora optare per una ricostruzione della fattispecie in termini causali rispetto ad eventi di danno, così come tra l’altro suggerito anche dalla disamina dei lavori preparatori⁵⁰.

Passando all’analisi dei tre possibili eventi, il primo di essi deve consistere in un “perdurante e grave stato ansia e di paura”: il legislatore ha qui cercato di ricomprendere tutta quella serie di effetti di disagio psichico (vedi *sub* in nota) che possono innescarsi a seguito di condotte persecutorie, pensando di potersi affidare alle aggettivazioni “grave” e “perdurante” per escludere dallo spettro di azione della norma fenomeni circoscritti di disturbo se non di mero fastidio, ed in ogni caso per cercare di “oggettivizzare” il tipo di danno e sottrarlo alla esclusiva, anche se ineliminabile, percezione della

⁴⁷ Cfr. MACRÌ F., *La repressione penale dello stalking*, cit., 1132.

⁴⁸ In particolare MAFFEO V., *Il nuovo delitto di atti persecutori*, cit., par. 5.

⁴⁹ Paventano il rischio di pre-comprensioni nella lettura della fattispecie in commento (e più in generale ogni qualvolta ci si affidi a referenti privi di una condivisa base di conoscenza empirica), LOSAPPIO G., *Vincoli di realtà*, cit., 871; e ALBERICO A., *La reiterazione*, cit., 10.

⁵⁰ Del resto che la relazione modale indichi necessariamente la presenza di una fattispecie di pericolo concreto (in tal senso PISANO F., *Riflessioni critiche sul (nuovo) reato di stalking*, in www.personaedanno.it/cms/data/articoli/014259.aspx, 23.4.2009), è smentita dalla presenza di numerose disposizioni nelle quali l’espressione “in modo da” «è seguita dall’uso di declinazioni verbali dall’inequivoca matrice causale. L’art. 421 c.p. (pubblica intimidazione), ad esempio, utilizza una formula davvero molto simile a quella degli atti persecutori: “chiunque minaccia di commettere delitti contro la pubblica incolumità, ovvero fatti di devastazione o di saccheggio, *in modo da incutere* pubblico timore...”. In ipotesi di questo tipo, l’inciso modale... tiene luogo del gerundio e dunque... postula il deciso orientamento della condotta alla effettiva realizzazione del danno», cfr. ALBERICO A., *op. e loc. ult. cit.*

vittima. Inutile dilungarsi sulla estrema latitudine dei concetti di *grave e perdurante*, il primo del tutto indecifrabile se non viene stabilito il parametro qualitativo (oggettivo – ad esempio medico/psichiatrico – piuttosto che soggettivo) sul quale misurarlo, il secondo quantitativamente individuabile solo con riferimento al limite esterno (non deve trattarsi di situazioni patologiche definitive o permanenti) ma assolutamente privo di indicazioni con riferimento al limite interno della durata minima necessaria; ma le vere perplessità riguardano i concetti di “stato d’ansia” e soprattutto di “stato di paura” i quali, non corrispondendo ad alcuna precisa categoria nosografica o psichiatrica, lasciano del tutto sfornito l’interprete di referenti prototipici ai quali affidarsi⁵¹, aumentando esponenzialmente la cifra di incertezza e verificabilità processuale, trattandosi, a questo punto, di provare «stati fluidi ed incerti come le reazioni emotive»⁵².

Non dissimili le osservazioni che possono essere svolte sul secondo tipo di evento, il «fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva». Al di là della possibile ultroneità della previsione normativa (potendo agevolmente ricondurre questi casi nella ampia nozione di “stato di paura” di cui al primo evento), è il requisito della *fondatezza* a destare le maggiori contraddizioni: inserito come qualificazione di un evento di danno, da valutare *ex post*, rischia di soggettivizzarne le dinamiche di accertamento, poiché andrebbero effettuate con specifico riferimento alla personale percezione della vittima; se si volesse ricondurre il parametro valutativo ad una dimensione oggettiva (calibrato cioè sul prototipo della *reasonable person*) si tratterebbe in realtà di requisito che atterrebbe alla valutazione (di tipo prognostico) sulla idoneità della condotta a suscitare un tale stato soggettivo in una persona normale (così come avviene nel delitto di minacce *ex art.* 612 c.p.)⁵³.

Pur con risvolti positivi per una equa definizione degli ambiti di tutela ed il riconoscimento di statuti relazionali non canonici, non è risultato esente da censure neanche l’inciso “relazione affettiva”, ancora una volta ritenuto impreciso e quindi soggetto alla variabile discrezionalità dell’interprete⁵⁴.

Lo stato di paura e di ansia ed il timore per sé o per un prossimo congiunto, non dovendo sfociare in *lesioni* medicalmente certificate dell’integrità psichica

della vittima, sono essenzialmente dei concetti sfumati e sfuggenti, riscontrabili in astratto solo grazie a testimonianze, a dichiarazioni della vittima stessa ed a criteri presuntivi di ordine generale. La scelta interpretativa di far prescindere l’accertamento dello stato di ansia e timore dal dato medico-scientifico è funzionale ad un duplice scopo: *in primis*, alla necessità pratica di rispettare l’attuale assetto codicistico, mantenendo separato l’evento dello *stalking* da quello di lesioni di cui all’art. 582 comma 1° c.p., sventando in tal modo qualsiasi rischio di «una inutile duplicazione di norme»⁵⁵; ed, in secondo luogo, all’esigenza di adeguare l’interpretazione della norma alla *ratio* che ne ha accompagnato la stesura, e volta ad accordare una garanzia più ampia ed efficace al bene giuridico individuato, proprio attraverso la previsione, per esso, di una più arretrata soglia di tutela⁵⁶.

Solo in apparenza dotato di una maggiore carica selettiva, sembra essere il terzo evento, rappresentato dalla costrizione “ad alterare le proprie abitudini di vita”. Sicuramente dotato di una maggiore cifra di riconoscibilità oggettiva e conseguente verificabilità processuale, è pur vero che la norma non sembra in alcun modo limitare la portata dell’evento, che potrebbe potenzialmente riguardare anche variazioni tutto sommato insignificanti del proprio stile di vita; rimettendo ancora una volta nelle mani del giudice, in assenza di ulteriori riferimenti “tecnici” nel nostro ordinamento giuridico, l’individuazione di una soglia di rilevanza, in una partita da giocarsi, a questo punto, sul pericoloso versante dell’offensività; attività cui l’interprete dovrebbe partecipare solo in seconda battuta (scremando i fatti che concretamente risultino inoffensivi rispetto ad un predeterminato tipo normativo), e non come “prima linea” nella individuazione già in astratto della carica offensiva del tipo criminoso.

In punto di elemento soggettivo, lo *stalking* si presenta come fattispecie a dolo generico, nella quale non è richiesta una particolare finalità o intenzione in capo al soggetto agente⁵⁷.

⁵⁵ In tal senso Cass. Pen, sez. V, n. 16864 del 10 gennaio 2011 richiamata anche in motivazione dalla Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2014, n. 20531.

⁵⁶ L’intenzione del legislatore di accordare una tutela a più ampio raggio al bene della libertà morale si riscontra, innanzitutto, nella predisposizione di uno strumento *cautelativo ad hoc* per la vittima di atti persecutori, consistente nella possibilità, prima di aver sporto querela, di chiedere l’*ammonimento* dello *stalker* ai sensi dell’art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009 n. 38, in presenza di atti di disturbo ancora allo stadio primordiale e senza che sia provato l’evento di danno. Con la riforma del 2013, poi, il legislatore ha apportato un’ulteriore modifica all’ultimo comma della disposizione in esame, prevedendo l’irrevocabilità della querela in caso di minacce reiterate gravi o perpetrate con le modalità di cui all’art. 339 c.p..

⁵⁷ Commenta positivamente tale scelta MACRÌ F., *La repressione penale dello stalking*, cit., 1132, per il quale «introdurre a livello esegetico la necessità di una finalità “persecutoria” da parte del soggetto attivo, pur riscontrandosi la stessa in numerosi casi, sa-

⁵¹ MACRÌ F., *La repressione penale dello stalking*, cit., 1132; ID., *Stalking e prospettive di tutela cautelare*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2322.

⁵² FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 6; parla di «sfuggenti ed autoreferenziali valutazioni sociali medie in una materia che vede la disponibilità di conoscenze scientifiche ben più affidabili, verificabili e controllabili», LOSAPPIO G., *vincoli di realtà*, cit., 875.

⁵³ Critico, in generale, sulla impostazione causale della fattispecie LOSAPPIO G., *vincoli di realtà*, cit., 875 ss.

⁵⁴ LO MONTE E., *L’individuazione*, cit., 160.

Anche le recenti modifiche apportate alla fattispecie di atti persecutori con la legge n. 119/2013⁵⁸ rispondono all'esigenza di accordare tutela maggiore alla sfera individuale delle vittime dello *stalking* che siano destinatarie di atti persecutori veicolati con lo strumento informatico o perpetrati all'interno del microcosmo familiare. Lo scopo del riformatore è in questo caso perseguito attraverso la previsione di un trattamento sanzionatorio più aspro per condotte ritenute, almeno potenzialmente, maggiormente pericolose per la sfera soggettiva della vittima. La maggior offensività riscontrata in tali ipotesi non è legata alla loro tipologia comportamentale (poiché deve pur sempre trattarsi di molestie o minacce, non essendo stato variato, sul punto, il precetto normativo di base) ma alle peculiarità dei contesti nei quali sono messe in atto. Il nucleo familiare, ad esempio, è certamente un luogo nel quale le condotte persecutorie possono rivelarsi più insidiose e pressanti, sia perché lo *stalker* è il soggetto che, presumibilmente, meglio conosce le abitudini e lo stile di vita della sua vittima, sia perché le relazioni tra quest'ultima ed il soggetto agente, estrinsecandosi in uno spazio esistenziale molto ridotto, rischiano di degenerare al punto di trascendere la lesione della sola libertà morale e travalicare così l'area applicativa del delitto di *stalking*⁵⁹. Dal dettato normativo si evince, inoltre, che la nozione di nucleo familiare funzionale allo scopo normativo ha confini molto flessibili, comprendendo non solo le famiglie costituite secondo i canoni civilistici ma anche le convivenze *more uxorio* e le fasi patologiche del rapporto di coniugio e/o di convivenza⁶⁰.

Parimenti, poi, l'inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto per condotte moleste e di disturbo poste in essere attraverso lo strumento telematico od informatico trova fondamento nella minorata capacità di difesa riconosciuta in capo ai fruitori del *web* che, proprio per le molteplici possibilità di interazione for-

nite dalla rete, sono esposti a condotte di ogni tipo e con un potenziale offensivo sconfinato proprio come la piattaforma virtuale che ne è teatro. Basti pensare, per esempio, alla capacità intrusiva della condotta di *spamming* ed agli effetti che ne possono scaturire, per chi ne è destinatario, in riferimento alla libertà di gestire agevolmente la propria casella di posta ed, in generale, la propria corrispondenza; o, ancora, agli effetti sulla libertà di autodeterminazione che possono derivare da una condotta di 'accerchiamento virtuale' di un utente della rete che sia, per tale via, costretto a chiudere i propri siti, i propri profili ed a rinunciare, in genere, all'uso interattivo dello strumento informatico; o, infine, alla carica offensiva delle condotte di diffamazione *online*, della sostituzione di persona in *chat* o della divulgazione su siti erotici di materiali e video ritraenti la vittima designata⁶¹; in questi casi è giocoforza ritenere che il potenziale lesivo attribuibile a tali condotte sia direttamente proporzionale alla capacità dello strumento informatico di amplificarne gli effetti sul piano esteriore.

Le condotte persecutorie perpetrabili attraverso l'apparato informatico sono chiaramente molteplici ma l'ambito applicativo dell'aggravante di cui all'art. 612-*bis* co. 2° c.p. non può prescindere da una loro previa sussunzione nell'area delle minacce e molestie e non può spingersi oltre il perimetro degli eventi di danno descritti dal legislatore, nel senso che le condotte cibernetiche di *stalking* sono riconducibili al tipo normativo solo se idonee a cagionare nel soggetto passivo un grave stato di ansia e paura, timore per sé o per un prossimo congiunto e/o il mutamento delle consuete abitudini di vita. Tanto tenendo conto sia del dato squisitamente lessicale della disposizione in esame, sia della scelta tecnico-giuridica operata dal legislatore e sottesa alla riforma che ha, di fatto, disciplinato il *cyberstalking* come ipotesi aggravante il reato di atti persecutori, e non come fattispecie autonoma di reato.

4. Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza

Chiamato ad arginare un fenomeno criminoso emergente e dall'enorme, drammatico, impatto sociale, il legislatore appresta dunque uno strumento, quello degli atti persecutori, il cui tipo fattuale rischia però di mettere seriamente in crisi il rispetto della legalità in materia penale: pur volendogli riconoscere l'attenuante di aver dovuto imbrigliare normativamente una forma di devianza la cui dimensione empirica difficilmente si presta ad essere incasellata nei canonici modelli comportamentali della nostra tradizione giuridica, e che per di più vede moltiplicate le proprie variabili a seconda dei diversi contesti sociali nei

rebbe stata una scelta incongrua, posto che gli studi empirici... dimostrano che gli scopi perseguiti dagli *stalkers* possono essere i più disparati – e in alcuni casi neanche censurabili in sé – senza che ciò incida sull'effettivo disvalore penalistico delle condotte persecutorie».

⁵⁸ Il riferimento è al d.l. 14 agosto 2013 n. 93, convertito, con modificazioni, in l. 15 ottobre 2013 n. 119, "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere" che ha così modificato il comma secondo dell'art. 612-*bis* c.p.: «La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici».

⁵⁹ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale, Parte speciale*, vol. II, Tomo I, Zanichelli, Bologna, 2013 p. 227: «la prospettiva di tutela è tale da trascendere la semplice libertà morale e da attingere l'ulteriore piano dell'integrità psichica del soggetto perseguitato.»

⁶⁰ MERLI A., *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p. ad opera della legge sul cd. femminicidio*, in *Penale Contemporaneo*, 26 febbraio 2015.

⁶¹ In riferimento alle condotte persecutorie perpetrabili attraverso lo strumento informatico cfr. MINOTTI D., *Le recenti novità legislative rischiano di lasciare impunte alcune forme di cyberstalking*, in *Fam. minori*, 2009, n. 4, p. 9.

quali possono insorgere quelle morbide dinamiche di relazione in grado di incidere sulla sfera privata delle vittime e sulla loro libertà di autodeterminazione, il legislatore rasenta l'indeterminatezza praticamente sotto tutti i profili strutturali della nuova ipotesi criminosa.

In particolare, l'utilizzo di espressioni generiche e di significanti dai contenuti spiccatamente soggettivo/individualizzanti, espone la norma al rischio di eccessive dilatazioni ermeneutiche, chiamando in surrogata l'interprete nel difficile compito (che a lui non spetterebbe) di ricondurre il tipo normativo entro soddisfacenti scansioni di determinatezza, senza privarlo, tuttavia, della sua capacità di rispondere alle legittime e diffuse richieste di intervento⁶².

Le cronache giudiziarie documentano e confermano, in ogni caso, l'ampia diffusione del fenomeno, che non ha tardato quindi ad impegnare costantemente giudici di merito e di legittimità, chiamati a verificare la tenuta dell'impianto normativo all'impatto con la variegata fenomenologia criminosa⁶³.

Tra gli elementi maggiormente sospettati di indeterminatezza, è stato soprattutto il dato della reiterazione a tenere banco nelle aule di giustizia, trascinandosi dietro il suo quesito fondamentale, relativo al numero di condotte necessarie ad integrare la fattispecie.

Confermata la natura dello *stalking* come reato abituale di evento⁶⁴, l'atteggiamento pressoché costante della giurisprudenza di legittimità è stato quello di insistere da un lato sulla struttura causale della fattispecie; e dall'altro sulla massimizzazione del dato letterale, con la conseguenza che l'elemento della reiterazione non richiede necessariamente che si realizzi una lunga sequela di condotte moleste o minacciose per integrare il delitto di *stalking*, essendo sufficienti anche due sole condotte, se comunque le stesse siano state in grado, per le circostanze concrete del caso, di ingenerare nella vittima uno degli stati emotivi delineati dalla fattispecie o siano risultate comunque talmente assillanti da costringerla a modificare le proprie abitudini di vita.

In assenza di precise indicazioni da parte del legislatore (per altro senza che sia necessario neanche specificare l'intervallo di tempo entro le quali le condotte devono essere compiute, poiché potenzialmente qualsiasi sequenza potrebbe risultare idonea), sembra essere que-

sta la soluzione preferibile⁶⁵, poiché sottrae il requisito della serialità all'arbitraria imposizione di un numero minimo di condotte che non sia quello immediatamente ricavabile dal tenore letterale della norma⁶⁶, pur dovendosi insistere su di una attenta verifica della efficienza causale di un numero anche ridotto di condotte a provocare eventi così strutturati, rifiutando in generale qualsiasi automatismo argomentativo che dal semplice numero di condotte poste in essere, ne ricavi, per ciò solo, l'efficienza causale alla produzione degli eventi.

Altro nodo cruciale della fattispecie, nonché uno dei punti di maggior interesse per l'analisi che si intende svolgere, in particolare per provare a verificare l'ammissibilità della proposta accusatoria da cui hanno preso spunto le riflessioni finora fatte, riguarda la natura ed il contenuto delle condotte da reiterare, e che la norma individua attraverso il richiamo ai concetti di minacce e di molestie.

Come in precedenza si è avuto modo di precisare, l'aver configurato la fattispecie come reato abituale consente di ritenere il paradigma di tipicità dello *stalking* più ampio di quanto potrebbe ottenersi "sommato" i requisiti di fattispecie dei reati di minacce e molestie, come invece accadrebbe nel caso si trattasse di reato complesso⁶⁷; ed è più amplosia nel senso che alcuni dei requisiti strutturali dei reati di minaccia e di molestia non devono necessariamente ricorrere nell'ipotesi *de quo*, non assumendo alcun significato selettivo nell'economia funzionale e nel complessivo disegno di disvalore tracciato dalla norma in analisi (come ad esempio il requisito dell'ingiustizia del danno prospettato ai sensi dell'art. 612 c.p., o i requisiti spaziali e modali di cui all'art. 660 c.p.); sia nel senso che anche condotte penalmente neutre, se inserite in un complessivo schema persecutorio, possono assumere rilevanza ai fini dell'integrazione del reato di *stalking*⁶⁸.

Una estrema varietà di condotte che si accorda, del resto, con l'ampia gamma comportamentale che secondo le rilevazioni empiriche è possibile ricondurre alla tipologia delittuosa in esame. Purché, ancora una volta, la reiterazione di tali comportamenti risulti determinante per l'insorgere dei gravi stati di turbamento psico-fisico e delle alterazioni delle abitudini comportamentali quali offese tipiche subite dalle vittime di *stalking*.

Dunque, anche in punto di definizione delle condotte, alla comprensibile volontà di non creare ingiustificati vuoti di tutela, fa da contraltare una decisa

⁶² Al di là della scorrettezza istituzionale di un tale meccanismo di individuazione del tipo normativo (nel quale le scelte di politica criminale vengono, *defacto*, operate da chi non ne sarebbe legittimato), è la sua stessa volatilità a preoccupare, poiché non è assolutamente detto che gli assestamenti forniti dalla prassi in un determinato momento storico, magari anche irreprensibili in punto di definizione dei contenuti dell'illecito penale, siano dotati di quella stabilità che la sola forma scritta della legge potrebbe garantire.

⁶³ Per una attenta rassegna delle giurisprudenze della Suprema Corte sulla fattispecie in esame, v. PITTARO P. (a cura di), *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, cit., 2014, 159 ss.

⁶⁴ Cass. pen., sez. V, 27 novembre 2012, n. 20993; in precedenza Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 9117.

⁶⁵ V. AMARELLI G., *Il principio di determinatezza ed il delitto di atti persecutori alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 172/2014*, in corso di pubblicazione, in *Studium Iuris*, 2015, p. 13 del dattiloscritto.

⁶⁶ *Contra* MANNA A., *Visione minimalista*, cit., 634.

⁶⁷ Soluzione incompatibile con il tenore letterale della disposizione (v. *supra*, par. 3), anche se si veda, a tal proposito Cass. pen., sez. V, 7 aprile 2011, n. 20895.

⁶⁸ V. *supra*, par. 3.

caduta in termini di determinatezza e precisione del dettato normativo; tuttavia, come ha avuto modo di sottolineare la S.C., il recupero di selettività è ancora una volta da affidare alla complessiva struttura causale della norma, la quale, pur contemplando un imprecisato ed imprecisabile ventaglio di condotte potenzialmente tipiche (e addirittura, se monisticamente considerate, penalmente neutre), «non viola il principio di determinatezza, ma è delineata in tutte le sue componenti essenziali, assumendo il fatto costitutivo del reato i connotati dell'antigiuridicità attraverso la realizzazione reiterata di condotte dotate di un elevato grado di determinatezza, dovendo consistere in minacce e molestie, non meramente generiche, ma tali da assumere una gravità idonea a cagionare nella vittima uno degli eventi alternativamente previsti dalla stessa disposizione normativa»⁶⁹.

Come si può notare, la genericità delle condotte di minacce e molestie viene esclusa non quando sia in loro stesse riconoscibile una precisa forma di estrinsecazione, ma quando risultino sufficienti a cagionare, secondo un giudizio *ex-post*, gli eventi tipici.

Considerando, in definitiva, che:

- i paradigmi di tipicità delle molestie e delle minacce già di per sé risultano piuttosto estesi (in particolare quello delle molestie);
- che la ricostruzione della fattispecie di atti persecutori in termini di reato abituale permette in ogni caso di svincolarsi rispetto ad alcuni dei limiti di tipicità dei suoi formanti *ex art.* 612 e 660 c.p.;
- che, per la stessa ragione, anche condotte penalmente neutre possono rientrare nel tipo normativo, se, in reiterata sequenza, risultano causalmente efficienti a provocare uno dei paventati esiti;
- tutto ciò considerato, la (pretesa) forma vincolata dell'art. 612-*bis* tende a volatilizzarsi, sfumando i propri contorni fin quasi a confondersi con la struttura (aperta) delle fattispecie causalmente orientate.

Dell'estrema latitudine applicativa della disposizione ne danno atto le cronache giudiziarie, che hanno riscontrato gli estremi della condotta penalmente rilevante in numerosissime tipologie comportamentali: dalle «canoniche» telefonate, all'invio di *sms*, *e-mail* obuste⁷⁰, dai pedinamenti e controllo degli spostamenti mediante sistemi di videoripresa⁷¹ al rivolgere apprezzamenti di vario tipo ad una minore⁷²; finanche alla diffamazione presso i datori di lavoro per indurli a licenziare la vittima⁷³.

Una casistica estremamente eterogenea, in linea del resto con le indagini statistiche e le rilevazioni fenomeniche che riferiscono di pedinamenti, di appostamenti nei pressi dell'abitazione della vittima o degli ambienti abitualmente frequentati da quest'ultima, di apparizioni ed incontri apparentemente casuali, di forme di comunicazioni particolarmente ossessive ed intrusive spesso accompagnate da riferimenti sessuali o oscenità, di danneggiamenti ed atti vandalici (scritte sui muri, sfregi alle porte o sulle autovetture, ecc.), attacchi ai mezzi di comunicazione utilizzati dalla vittima (sottrazione o danneggiamento della posta, cancellazione delle e-mail, invio di virus informatici, interferenze in sede di chat), di abbandono di animali morti sull'uscio di casa del molestato, di violenze su animali domestici posseduti dalla vittima, esempi di una casistica potenzialmente infinita⁷⁴.

Dunque una giurisprudenza che anche sotto questo profilo sfrutta a pieno sia le potenzialità semantiche del linguaggio utilizzato dall'art. 612-*bis* c.p., sia le larghe maglie entro cui permette di infiltrarsi la ricostruzione ermeneutica della fattispecie in termini di reato abituale di danno, con tendenziale sdrammatizzazione della necessità di individuare precisi dati contenutistici delle condotte tipiche, a favore di una più generica connotazione delle stesse in chiave di connessione causale con uno o più dei tre eventi di danno.

Se l'individuazione del requisito della idoneità delle condotte a cagionare almeno uno degli eventi richiesti dalla fattispecie astratta è valsa, per la giurisprudenza maggioritaria, a connotare di una più o meno accettabile determinatezza i canoni comportamentali incriminati dal dettato normativo, non altrettanta chiarezza ed unanimità di vedute si registra in merito alla reale portata che dovrebbe connotare ciascuno dei tre eventi del delitto di *stalking*.

Procedendo per ordine, il primo evento di danno richiesto dal legislatore consiste, come si è visto, nella produzione di un perdurante stato di ansia e di paura. Punto di partenza comune e costante della giurisprudenza prevalente è che tale stato non debba necessariamente combaciare con una malattia fisica e/o mentale medicalmente accertabile e tanto in ragione della necessità di evitare il rischio di una scorretta sovrapposizione dell'evento di *stalking* a quello di lesioni (di cui all'art. 582 c.p.), con tutte le evidenti ed improprie ricadute sul piano sistematico ed ermeneutico⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. BONA M., «*Stalking*», cit., 1050.

⁷⁵ Cfr. Cass. pen., sez. V, 14 novembre 2012, 18819: «per ravvisare il delitto *de quo* non si richiede l'accertamento di uno stato patologico, ma è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori – e nella specie costituiti da minacce e insulti alla persona offesa, inviati con messaggi telefonici o via internet o, comunque, espressi nel corso di incontri imposti – abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima, considerato che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-*bis* c.p. non costituisce una duplicazione del reato di lesioni (art. 582 c.p.), il cui evento è configurabile sia come malattia fisica che come malattia

⁶⁹ Cass. pen., sez. V, 13 giugno 2012, n. 36737 con la quale all'epoca la S.C. dichiarò manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 25 co. 2 Cost.

⁷⁰ Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 32404.

⁷¹ Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2010, n. 35514.

⁷² Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2010.

⁷³ Cas. pen., sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015.

L'aver slegato il contenuto dell'evento dal riferimento ad una precisa ipotesi clinicamente riconoscibile comporta due ordini di rilievi: il primo attiene alla ricerca di una alternativa definizione dell'evento che, pur non potendosi affidare ad un sapere di tipo scientifico⁷⁶, mantenga in ogni caso un carattere di oggettiva ed affidabile riconoscibilità; il secondo, conseguente, relativo alle dinamiche di accertamento processuale che devono permettere di verificarne l'attendibilità probatoria.

Secondo la massima Corte, per grave e perdurante stato di ansia o di paura deve intendersi un «effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima»⁷⁷, formula pressoché costante nelle pronunce di legittimità sull'ipotesi in parola, e che tuttavia non riesce a rassicurare l'interprete sulla oggettiva afferrabilità di un siffatto evento, che anzi sembra aprirsi ad ogni possibile scenario interpretativo poiché caratterizzato da elementi di natura introspettiva (intimamente legati alle personali percezioni della vittima ed alla sua emotività e, quindi, irripetibili) e soggetto al rischio di fenomeni di pre-comprensione da parte del giudice, che può affidare ai concetti di «serenità» o di «equilibrio psicologico» (che attengono al linguaggio comune medio e non a dei referenti di tipo medico-psichiatrico) anche dei significati legati a soggettive e personalissime esperienze culturali e di vita.

Tuttavia, come sembra volerci rassicurare il giudice delle leggi, chiamato a verificare se il formante giurisprudenziale sul delitto di *stalking* (il diritto *vivente*) fosse tale da garantire il rispetto dei principi costituzionali in materia, il recupero della determinatezza e la delimitazione del tipo legale passa attraverso l'utilizzo del parametro dell'offensività: l'utilizzo dell'aggettivazione «grave e perdurante» (nonché la «fondatezza» del timore di cui all'altro evento di natura psicologica), infatti, «vale a circoscrivere ulteriormente l'area dell'incriminazione, in modo che siano doverosamente ritenute irrilevanti ansie di scarso momento, sia in ordine alla loro durata, sia in ordine alla loro incidenza sul soggetto passivo, nonché timori immaginari o del tutto fantasiosi della vittima. A tale ultimo riguardo, deve rammentarsi come spetti al giudice ricostruire

mentale e psicologica».

⁷⁶ Il ricorso alla diagnosi medica ai fini dell'accertamento di tale evento restituirebbe l'indagine sul meccanismo eziologico alle garanzie e certezze proprie della prova scientifica. Del resto non va dimenticato come la stessa letteratura medica abbia contribuito a delineare una vera e propria condizione patologica nota come *Stalking Trauma Sindrome* (STS). Sul punto ALBERICO A., *Lo stalking supera il giudizio della Corte Costituzionale: rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612-bis per violazione del principio di determinatezza*, in *Nel Diritto*, n. 8, 2014, 1513 e ss. Sulla analisi medico-legale del fenomeno v. BENEDETTO - ZAMPI - RICCI MESSORI - CINGOLANI, *Stalking: aspetti giuridici e medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, n. 1, 127 ss.

⁷⁷ *Ex multis*, v. Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2012, n. 24135; Cass. pen., sez. V, 22 settembre 2011, n. 42953.

e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante (*sic!*), sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato»⁷⁸.

Individuazione di soglie di offensività non semplice, trattandosi in ogni caso di eventi insistenti su stati emotivi, di natura intimamente soggettiva, e quindi difficilmente misurabili.

Del resto i criteri di accertamento probatorio dei suindicati stati di ansia e di paura, quali indicati dalla giurisprudenza di legittimità, cercano disfiuggire alla congenita evanescenza del *thema probandum* e di sottrarre, di conseguenza, l'esito della decisione al rischio della imprevedibilità.

In particolare, si è cercato di ridurre l'estrema variabilità di risultati cui avrebbe potuto condurre una eccessiva valorizzazione dei personali ed intimi elementi di riscontro della vittima attraverso una attenta verifica sulla oggettività/idoneità della condotta a determinare in una *reasonable person* tale effetto destabilizzante: «la prova dello stato di ansia o di paura denunciato dalla vittima del reato», si legge infatti, «può essere dedotta anche dalla natura dei comportamenti tenuta dall'agente, qualora questi siano idonei a determinare in una persona comune tale effetto destabilizzante»⁷⁹; «la prova... deve essere ancorata ad elementi sintomatici... ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata»⁸⁰.

Non dissimili gli orientamenti sul secondo evento, il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, con il quale condivide una struttura simile, in termini di forte connotazione soggettivo-individualizzante.

Anche sul terzo tipo di evento, la costrizione a modificare le abitudini di vita, si è dovuto registrare un possibile difetto di determinatezza: pur presentandosi, tra i tre possibili esiti dello *stalking*, quello caratterizzato da maggiore afferrabilità/verificabilità⁸¹, è pur vero

⁷⁸ Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 172.

⁷⁹ Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2012, n. 24135.

⁸⁰ Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 2012, n. 14391. V. anche Cass. pen., sez. III, 23 ottobre 2013, n. 46179, subire una pressione ossessiva di riapertura di una relazione sentimentale non include, *in re ipsa*, vivere in un perdurante stato di ansia o di paura. La prova di danno deve essere concreta e nel caso di disagi psicologicamente rilevanti questi debbono unidirezionalmente seguire le condotte persecutorie.

⁸¹ In tal senso MINNELLA C., *Gli eventi del delitto di atti persecutori tra carenze di oggettività e difficoltà di accertamento processuale*, in *Cass. pen.*, 2013, 155, secondo il quale «dei tre eventi previsti dall'art. 612-bis, in via alternativa, solo quello relativo

che da un lato il legislatore non specifica alcuna soglia minima di rilevanza, per cui potenzialmente anche sensibili deviazioni dal proprio contegno routinario potrebbero rientrare nel tipo normativo⁸²; dall'altro, l'elemento della *costrizione* non sottrae in ogni caso l'accertamento sulla sussistenza del requisito in parola da valutazioni di ordine soggettivo/motivazionale⁸³.

Anche in questo caso, quindi, si deve ricorrere, in una delimitativa ottica garantistica, ai parametri dell'offensività e della concreta idoneità delle condotte ai fini del riconoscimento di una loro effettiva portata causale rispetto all'evento, secondo il solito schema in cui si sovrappongono valutazioni *ex ante* sull'idoneità del tipo comportamentale a verifiche *ex post* sul loro effettivo contributo causale, e solo rispetto a quei forzosi cambi di vita che siano davvero in grado di ledere la libera autodeterminazione della persona offesa. Diminuzione delle uscite di casa, delle frequentazioni sociali, la messa in moto di manovre diversive, la diversa gestione dei rapporti familiari, sono tutti risultati comportamentali atti a concretizzare l'evento in questione⁸⁴.

In un simile contesto, di critica decifrabilità del formante normativo, al quale si sovrappone un contributo tutto sommato blandamente orientativo da parte di quello giurisprudenziale, non stupisce più di tanto la chiamata in causa della Corte Costituzionale⁸⁵, invitata a pronunciarsi sull'ambigua disposizione da parte del Tribunale di Trapani, sezione distaccata di Alcamo: in particolare, come si legge nell'ordinanza di rimessione alla Corte, il difetto nei confronti dell'art. 25 comma 2° Cost., *sub specie* determinatezza, emergerebbe sotto molteplici profili: secondo il giudice *aquo*, non sarebbe «sufficientemente determinato il *minimum* della condotta intrusiva temporalmente necessaria e

sufficiente affinché possa dirsi integrata la persecuzione penalmente rilevante... neppure risulterebbe sufficientemente determinato cosa debba intendersi per perdurante e grave stato di paura, così come in alcun modo definiti sarebbero i criteri per stabilire quando il timore debba considerarsi fondato. Estremamente ampio ed eccessivamente elastico sarebbe poi il concetto di abitudini di vita, di cui il legislatore non avrebbe perciò sufficientemente individuato i confini»⁸⁶.

La Corte all'esito di un giudizio basato su alcuni precisi rilievi metodologici, riterrà poi non fondata la questione sollevata, restituendoci intatto il molle corpo dell'art. 612-*bis*, la cui rigidità sarebbe tuttavia garantita dalle espressioni del diritto vivente, in grado di calcificare l'ossatura della norma e dotarla di quella stabilità che il principio costituzionale di determinatezza richiede alle fattispecie incriminatrici.

Il *modus procedendi* che la Corte ha inteso adottare nella lettura della disposizione è quello basato sul rifiuto di un approccio di tipo modulare, quello teso cioè ad attribuire ad ogni segmento linguistico del fatto tipico un possibile contenuto semantico, indipendentemente l'uno dall'altro, a favore di una lettura integrata della disposizione, «olistica»⁸⁷, nella quale l'attribuzione di significato complessivo della fattispecie incriminatrice nasce dall'incontro e dall'interazione delle sue singole partizioni, e non semplicemente dalla somma dei significati a ciascuno di essi accostabile⁸⁸.

Tecnica interpretativa sicuramente condivisibile⁸⁹, ma che non si sottrae al rischio di restituire in ogni caso un «tipo criminoso» difettoso, sia sotto il profilo della intellegibilità linguistica, sia sotto quello della sua verificabilità empirica, tutte le volte in cui si sovrappongano elementi di fattispecie che siano già di per sé caratterizzati da elevati coefficienti di indeterminatezza, e che dall'incontro con i propri co-referenti, altrettanto vaghi, vedano moltiplicarsi in maniera esponenziale, anziché ridursi reciprocamente, il proprio potenziale applicativo⁹⁰.

Ed è ciò che accade proprio nel caso degli atti persecutori, ove l'abbandono o comunque il forte ridimen-

al «costringere la persona offesa ad alterare le abitudini di vita» è ancorato a dati obiettivi, avendo un substrato storico-fattuale che lo rende suscettibile di accertamento diretto e non presuntivo».

⁸² Lamentano l'eccessiva genericità del dato FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 9: «la locuzione... è infatti troppo generica con la conseguenza che rimane devoluto all'interprete il compito non secondario di selezionare quei modelli di vita e quelle modalità di comportamento, la cui modifica è tale da peggiorare realmente la condizione esistenziale del soggetto braccato».

⁸³ «Il problema è che, ancora una volta, la scarsa precisione del legislatore trasferisce sugli operatori il compito dell'individuazione dei limiti della fattispecie incriminatrice... questa operazione è ancora più sconveniente dal momento che gli indici normativi alludono a percezioni individuali della vittima, che risulteranno notevolmente diverse da individuo a individuo, dando anche adito al rischio di prove precostituite: la potenziale illimitatezza del concetto abitudini di vita si presta troppo facilmente ad una manipolazione strumentale della fattispecie da parte della vittima, ed all'artificiosa dimostrazione di cambiamenti abitudinari in realtà mai avvenuti, ovvero non affatto dovuti alla condotta del reo», cfr. ALBERICO A., *Lo stalking*, cit., 1515.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 20993.

⁸⁵ Per un commento alla sentenza della Corte, con ampi riferimenti al principio di determinatezza, v. AMARELLI G., *Il principio di determinatezza*, cit., *passim*.

⁸⁶ Cfr. Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 172, punto 1.1 in fatto.

⁸⁷ Così GIUNTA F., *Il diritto (malamente) vivente*, cit., 2738.

⁸⁸ ALBERICO A., *op. ult. cit.*, 1516: «il criterio di giudizio più elementare – e forse per questo meno utile, o comunque scarsamente performativo – ...è quello del “significato linguistico” che comporta la verifica della possibilità di attribuire un contenuto semantico alle parole utilizzate dal legislatore nella descrizione della fattispecie».

⁸⁹ «I rilievi metodologici della Corte sono da condividere. È fin troppo ovvio che la determinatezza è predicato dei significati (complessivi), non dei (singoli) segni linguistici in sé considerati», cfr. GIUNTA F., *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁰ «La fattispecie incriminatrice presenta un ambito applicativo estremamente dilatato... il diritto (mal)vivente in questione opta per le soluzioni interpretative più estreme, accentuando piuttosto che sanando, i limiti espressivi dell'enunciato normativo, sia sotto il profilo della sua definizione concettuale... sia sotto il profilo del suo rovescio processuale», GIUNTA, *op. e loc. ult. cit.*

sionamento del paradigma della fattispecie a forma vincolata e l'adozione, attraverso il tramite dell' reiterazione, del modello causalmente orientato, *sub specie* reato abituale proprio (di evento), sposta tutta la tensione descrittiva della norma dalla condotta agli eventi tipici, i quali, come si è avuto modo di vedere, non presentano affatto quelle granitiche proprietà semantiche tali da poter sopportare una tale forma di pressione.

Timori fondati, viste le soluzioni interpretative puntualmente inveratesi nelle pronunce della Cassazione e poi fatte proprie anche dalla Corte Costituzionale, che, anzi, proprio attraverso il richiamo al diritto vivente, individua quella sufficiente determinatezza del contenuto precettivo che renderebbe infondate le denunce di incostituzionalità dell'art. 612-*bis* c.p. il cui tipo normativo sarebbe confermato dalla costante e consolidata interpretazione fornita dalla giurisprudenza. A voler tacere della stessa ammissibilità del ricorso alla regola del diritto vivente⁹¹, che sembra spudoratamente invertire il ruolo tra giudice e legge, e sottrarre a quest'ultima quel monopolio nella concretizzazione delle scelte di politica criminale e nella conseguente individuazione dei fatti penalmente rilevanti. Nello specifico degli atti persecutori mancherebbe finanche quella univocità di vedute da parte della giurisprudenza tale da poter considerare affidabile parametro orientativo fornito dal formante giurisprudenziale: «in mancanza di un orientamento autenticamente consolidato», si è detto, «il richiamo al diritto vivente diventa logicamente inutilizzabile come unguento salvifico del deficit di determinatezza»⁹².

⁹¹ Il criterio del “diritto vivente”, vale a dire il ricorso al dato prasseologico in chiave salvifica rispetto all'apparente ambiguità del tessuto linguistico viene da più parti criticato. L'adesione da parte del giudice *delle leggi* alle interpretazioni ricorrenti del diritto vivente, e più in generale la posizione della corte sul giudizio di determinatezza è additata come una delle cause della (perdurante) crisi della legalità formale e dell'affermarsi di quel “diritto giurisprudenziale” che sembra porsi come antitetico rispetto alle istanze del *nullum crimen*: se «prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale (*recte*, piuttosto che sollevare una questione di legittimità costituzionale)», la Consulta impone al giudice a quo di procedere «a tentativi di lettura del testo controverso compatibili con la Costituzione... si attribuisce al giudice un ruolo di assoluta preminenza nella definizione dell'area di significato della legge penale e di delimitazione del tipo criminoso», AMARELLI G., *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. Pen.*, 2014, 409 ss.; in particolare per la critica dell'utilizzo di tale scelta metodologica nel giudizio sulla legittimità dell'art 612-*bis* v. ALBERICO A., *Lo stalking*, cit., 1519-1520; in generale, sul tema del c.d. “diritto giurisprudenziale”, FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 5, 1722; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto - Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, pp. 27-28; MAIELLO V., *Le due legalità: quale coesistenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, 2014, 223-235; ID., *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti con prefazione di Giovanni Fiandaca*, Giappichelli, 2014.

⁹² GIUNTA F., *op. cit.*, 2739.

Proseguendo parallelamente con l'ordine delle considerazioni svolte dalla Corte, il primo punto che viene focalizzato è quello relativo al coefficiente di determinatezza delle condotte, che pure non erano state oggetto di specifica censura da parte del rimettente, e che tuttavia vale la pena di riportare perché d'interesse rispetto alle riflessioni che si intendono svolgere: secondo la Consulta, rinviando ai modelli comportamentali delle minacce e delle molestie, il legislatore si sarebbe affidato a figure criminose «di lunga tradizione interpretativa», corrispondenti a «comportamenti effettivamente riscontrabili nella realtà». Non solo, quindi, elementi sufficientemente determinati, ma anche idonei a superare il giudizio di verificabilità empirica⁹³.

Senonché, quando si tratta di affrontare il secondo, e più sfuggente requisito, quello della reiterazione, uno dei più bersagliati dalle critiche della dottrina, il richiamo a quella che oramai sembra essersi affermata come consolidata (e quindi riconoscibile) tradizione interpretativa, e che vuole che il reato di atti persecutori venga qualificato come reato abituale proprio, di evento, ed a dolo generico, porta a sviluppare delle considerazioni che necessariamente coinvolgono anche la ri-definizione dei concetti di minacce e di molestie: insistendo sulla lettura causale della fattispecie (lettura certamente corretta, a patto, tuttavia, di non esasperarla), il requisito della reiterazione, funzionale alla descrizione del comportamento di tipo predatorio che nella realtà fenomenica si caratterizza per una *escalation* dei comportamenti intrusivi dello *stalker* nei confronti della vittima, diventa anche indice sintomatico della idoneità delle condotte (o, meglio, del complessivo comportamento) a cagionare, cumulativamente o alternativamente, i tre eventi tipizzati dalla norma: circostanza che, oltre a trasferire il discorso sul *minimum* di condotte necessarie dal piano quantitativo a quello qualitativo⁹⁴, «contribuisce a “meglio circoscrivere la nuova area di illecito”, che si qualifica per l'enfaticizzazione del di-

⁹³ ALBERICO A., *Lo stalking*, cit., 1518.

⁹⁴ Nel senso che possono al limite essere sufficienti anche due sole condotte, se presentano attitudine causale a provocare gli eventi. Contro interpretazioni eccessivamente *formalistiche* del requisito in parola, si è invece espresso GIUNTA F., *op. cit.*, 2739 ss., il quale, a proposito del numero minimo di condotte che sarebbero necessarie ai fini del reato, afferma che «la condotta persecutoria assillante, ossia iterata molte volte a intervalli brevi, presenta coefficienti di offensività e riconoscibilità ben maggiori rispetto alle ipotesi che si esauriscono in pochissimi episodi tra loro distanti nel tempo, specie se consistenti in comportamenti che, singolarmente considerati, sono leciti. Per questa ragione dovrebbero scartarsi le soluzioni ermeneutiche estreme: da un lato, la linea interpretativa che per la sussistenza del reato richiede una serialità di condotte necessariamente ricca e frequente, dall'altro lato, la tesi che si accontenta di una reiterazione blanda e distanziata. Preferibili sono invece le posizioni intermedie, che, senza allargare troppo le maglie della fattispecie incriminatrice, corrispondono alla preoccupazione... di escludere dal fuoco della tipicità comportamenti marginali e scarsamente offensivi».

svalore di evento, sconosciuto ai reati-presupposto di minaccia o molestia»⁹⁵.

Una tale lettura della disposizione, a torto o ragione, porta a dilatare necessariamente le nozioni di minacce e di molestie, che dunque assumono (o possono assumere) un significato indipendente rispetto ai parametri legislativi indicati agli artt. 612 e 660 c.p.

Il concetto di *molestia*, in particolare, risulterebbe «idoneo a tipizzare, in ragione della sola efficacia causale, qualunque comportamento in grado di infastidire il soggetto passivo. Da questa angolazione, il significato lato attribuibile al requisito della molestia reagisce sulla struttura del delitto di atti persecutori, trasformandolo in una fattispecie causalmente orientata e ampliando grandemente il novero delle condotte potenzialmente tipiche»⁹⁶.

Per finire, ed a proposito degli eventi, anche qui il recupero di selettività viene operato attraverso un costante richiamo al “diritto vivente”, sia per quanto riguarda la comprensione degli accadimenti tipizzati dal legislatore, sia, trattandosi comunque di elementi che rimandano alla «sfera emotiva e psicologica della vittima», per quanto riguarda le loro dinamiche di accertamento probatorio.

Il giudice è sì chiamato a verificare attentamente la sussistenza di quella apprezzabile «destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico», ma senza che vengano tuttavia indicati i termini della *base di giudizio* di cui bisognerà tener conto; una variabile decisiva poiché in grado di arrivare a soluzione diametralmente opposte: in particolare, come è stato fatto notare, «adottando una base di giudizio totale, si dovrà necessariamente tenere conto delle “capacità di resistenza della vittima”, anche qualora queste siano particolarmente inconsistenti. Di contro, ricorrendo ad una base di giudizio solo parziale, la prospettiva della vittima dovrà essere esclusa dal giudizio... risulta evidente, infatti, che la base di giudizio da adottare sia decisiva anche ai fini della concretizzazione della triade di eventi *tendenzialmente* psicologici descritti dal legislatore»⁹⁷. Unica affermazione della Corte sul punto è che, tra gli indicatori utilizzabili ai fini della ricognizione degli eventi tipici, rientrano anche le condizioni soggettive della vittima «purché note all'agente», in tal modo limitando il sindacato dei giudici unicamente a quegli elementi conosciuti al momento dell'azione, circostanza che spetterà, ovviamente, alla pubblica accusa di dover dimostrare, insistendo su di essa l'onere della prova.

⁹⁵ ALBERICO A., *op. e loc. ult. cit.* Il virgolettato è ripreso dal testo della sentenza.

⁹⁶ GIUNTA F., *op. cit.*, 2739. Si schierano apertamente per l'inquadramento del reato di atti persecutori come fattispecie a forma libera AGNINO F., *Il delitto di atti persecutori e lo stato dell'arte giurisprudenziale e dottrinale*, in *Giur. Merito*, 2011, 589; AMARELLI G., *Il principio di determinatezza*, cit., p. 9 del dattiloscritto.

⁹⁷ ALBERICO A., *op. e loc. ult. cit.*

In particolare, poi, l'utilizzo delle diverse aggettivazioni – *perdurante* e *grave* lo stato di ansia o di paura, *fondato* il timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto – sarebbero dei sufficienti indicatori di determinatezza, poiché affiancherebbero ai giudizi sulla offensività in concreto anche dei giudizi sulla astratta determinazione degli eventi lesivi, impedendo così che possano assumere rilievo «timori immaginari o del tutto fantasiosi della vittima».

Sbrigativa e non risolutiva l'analisi dell'ultimo dei tre eventi in ordine di elencazione della fattispecie: per la Corte infatti, le abitudini di vita di cui all'evento *ex art. 612-bis*, consisterebbero in quel «complesso dei comportamenti che una persona solitamente mantiene nell'ambito familiare, sociale e lavorativo». A detta della Consulta, tale definizione, al limite della tautologia, sarebbe sufficiente a determinarne in termini precisi il tipo.

5. Lo *stalking* e la diffamazione (a mezzo stampa): le possibilità offerte dal diritto vivente

Quella che il “diritto vivente” ci ha restituito, quindi, è una fattispecie di atti persecutori dalle ampie potenzialità applicative, una norma dai contorni elastici la cui impalcatura descrittiva sembra interamente poggiarsi sulla riconoscibilità e verificabilità dei tre eventi presi in considerazione dall'art. 612-*bis*, veri unici *core* di determinatezza e riconoscibilità del tipo criminoso; risultato inevitabile una volta degradato il coefficiente contenutistico delle condotte, che pure sembrano riferirsi a precisi prototipi di tipicità (le molestie o le minacce di codicistica tradizione), a mera rilevazione dell'efficienza causale delle stesse che, se reiterate, devono essere risultate decisive a provocare uno dei temuti esiti lesivi della libertà morale della vittima. L'efficienza causale a produrre l'evento, quale unico (o comunque preponderante) aspetto contenutistico del prototipo comportamentale, è la necessaria, coerente implicazione derivante dall'aver sussunto la fattispecie di atti persecutori nello schema del *reato abituale proprio di evento*. Ed anche in punto di elemento soggettivo, la qualificazione dell'elemento psicologico del reato come dolo generico, non comporta alcuna ulteriore restrizione per quanto riguarda le caratteristiche che devono assumere le astratte modalità della condotta, come sarebbe stato invece possibile nel caso in cui si fosse optato per più caratterizzanti forme di dolo, quale quello specifico o intenzionale.

Questa prima chiave di lettura, fornitaci dal formante giurisprudenziale (ed in gran parte avallata dalla dottrina), ci permette di verificare se nel caso di specie da cui hanno preso spunto le riflessioni, le condotte, consistenti tutte, o quasi, nel compimento di atti diffamatori a mezzo stampa, rientrano o meno nei limiti di fattispecie, il cui perimetro di tipicità, almeno sotto il profilo della condotta, non sembra essere delimitato da paletti particolarmente stringenti.

Se si tenta di raccordare il dato empirico a quello normativo e si cerca di capire lo sforzo che il legislatore ha dovuto effettuare in tale opera di allineamento, può essere utile verificare se la casistica sulla quale è stato costruito il tipo fattuale avesse già riconosciuto casi di insistenti attività di tipo diffamatorio come comportamenti in grado di incarnare quell'essenza di persecutorietà ed intrusività nella sfera privata del bersaglio delle dichiarazioni offensive tali da ingenerare quei forti stati di stress e di turbamento psicologico tipici delle vittime di *stalking* (e che non si riducessero, quindi, ad un mero senso di disagio o fastidio per le dichiarazioni ingiuriose sul proprio conto, per quanto ripetute nel tempo). Questa verifica si ritiene pregiudiziale per capire la legittimità (sotto il profilo dell'opportunità politico criminale, visto che sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza la Corte ha già avuto modo di avallare le scelte legislative) di una eventuale estensione anche a tali tipologie comportamentali del tessuto normativo *ex art. 612-bis*.

In effetti, al di là delle tipologie statisticamente più frequenti (tenuto in debito conto che spesso lo *stalker* attua una serie di condotte disomogenee per contenuti e spesso progressive in una sorta di *escalation* di accanimento nei confronti della vittima, per cui qualunque criterio classificatorio è da ritenersi come meramente esplicativo), che potrebbero essere definite quelle dello *stalker vigilante*⁹⁸, dello *stalker comunicativo*⁹⁹, e dello *stalker violento o minaccioso*¹⁰⁰, l'esperienza ci ha anche restituito casi di *stalking diffamatorio*, vale a dire casi nei quali la condotta persecutoria è stata attuata (anche) mediante aggressioni all'onore della vittima, la quale, non solo in sua presenza, ma anche nella sua

⁹⁸ A tale "tipo" sono riconducibili, a titolo esemplificativo, le condotte di sorveglianza, di appostamento nei luoghi di usuale frequentazione della vittima, di raccolta di informazioni, di fisica presenza o di intrusione negli spazi vitali della vittima. Non a caso, si è prospettata anche l'eventualità di un possibile addebito di responsabilità a proposito dell'assoldamento da parte dello *stalker* di investigatori privati per svolgere tali tipi di attività.

⁹⁹ Rientrano in tale categoria i tentativi, assillanti, di mettersi in contatto con la vittima, attraverso ogni mezzo comunicativo: per via epistolare, telefonica, tramite sms, scritte sui muri ecc. Variante del tipo in questione è il *cyberstalker*, il quale si caratterizza per condotte intrusive realizzate tramite l'utilizzo delle moderne tecnologie informatiche (*e-mail*, furto di identità digitale, creazioni di siti internet *ad hoc*, ecc.); in particolare si realizza spesso una condotta persecutoria attraverso l'utilizzo di *social network* (*facebook*, *messenger*, *whatsapp*) i quali, grazie al loro utilizzo di massa ed alla immediata capacità di diffusione di informazioni, opinioni, notizie ecc. sulla persona offesa, concretizzano proprio uno dei più immediati strumenti con i quali possono essere commessi fatti di natura diffamatoria. Cfr. MACRÌ F., *Modifiche alla disciplina*, cit., 819-820.

¹⁰⁰ Si registrano anche casi di *stalking reale*, ovvero casi di condotte di danneggiamento e di violenza su cose appartenenti alla vittima (imbrattamento di porte e muri dell'abitazione, danneggiamento di autovetture, distruzione di oggetti della vittima ecc.). *Contra*, tuttavia, v. ALTARE V., *Stalking mediante danneggiamento di beni*, in *Giur. It.*, dicembre 2011, 2634 ss.

cerchia sociale di riferimento, viene assalita da una serie di espressioni verbali che normalmente concretizzerebbero le previsioni incriminatrici di cui agli artt. 594 (ingiuria) e 595 (diffamazione) c.p.¹⁰¹.

In effetti non sembrano sorgere particolari difficoltà ad immaginare contesti persecutori nei quali l'autore delle condotte, per senso di frustrazione, per spirito vendicativo, per litigiosità, rivolga frasi ingiuriose o offensive alla propria vittima, o comunque tenti di diffondere notizie disonorevoli sul suo conto in una cerchia più o meno ristretta di destinatari: gruppi di amici, colleghi di lavoro, condomini, ma anche gruppi più ampi e tendenzialmente illimitati come i "contatti" o gli *account* di un *social network*. Non sembra potersi mettere in dubbio, cioè, il carattere molesto di tali condotte, la loro inopportuna intrusività e la carica fortemente destabilizzante degli equilibri psicologici ma anche di quelli sociali della vittima, la quale viene esposta ad una pubblica lesione del proprio onore e della propria rispettabilità, con possibili sensi di disagio e vergogna che possono spingere la stessa a cambiare i propri intrattenimenti, ad abbandonare il posto di lavoro, a modificare sensibilmente le proprie attività quotidiane fino magari a rifiutare di frequentare gli abituali luoghi di ritrovo, o trincerarsi in ambiti domestici. Almeno in astratto, va quindi confermata l'idoneità di tali atteggiamenti, soprattutto se reiterati, a provocare uno dei tipici eventi del delitto di *stalking*.

La natura abituale del reato *de quo*, ma anche, tutto sommato, l'estrema latitudine del concetto di molestie, permettono senza ombra di dubbio di ricondurre anche condotte di tipo diffamatorio alla sfera di tipicità dell'art. 612-bis.

Né mancano riscontri giurisprudenziali a tali tipi di affermazioni¹⁰², anche se nessuna delle pronunce che hanno riguardato tali ipotesi fattuali si è specificamente soffermata sul punto, dando per scontata la riconducibilità alla fattispecie di *stalking* di condotte ingiuriose o diffamatorie inserite in un contesto di attività persecutoria, comprendente anche minacce, violenze e le altre "classiche" tipologie comportamentali.

L'assoluta originalità del caso di specie riguarda invece la circostanza che tutti i comportamenti di natura persecutoria denunciati dal querelante si riferiscono ad episodi di diffamazione, per di più commessi a mezzo stampa. Ci troviamo di fronte, cioè, ad un episodio che, almeno *ictu oculi*, sembra essere piuttosto eccentrico rispetto al tipo fattuale al quale l'esperienza ci ha abituato. Lo stesso contesto nel quale si sarebbero verificati gli intrusivi ed insistenti episodi destabilizzanti, e che rimanda a conflitti e fratture intestine ad un partito politico, non sembra avere precedenti nella casistica, pur lasciando facilmente immaginare possibili scenari di esasperazione e di tensioni acuitizzate da una

¹⁰¹ Cfr. MACRÌ F., *op. ult. cit.*, 820.

¹⁰² Cass. pen., 29 aprile 2013, n. 18819; Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015.

generica rivalità o da un più specifico senso di rivalità nei confronti di “colpi bassi” sferrati dall’antagonista politico.

Un episodio che inoltre si innesta in una delicata trama giuridica, quella dei reati commessi a mezzo stampa, da sempre in cerca di un difficile equilibrio tra il diritto di cronaca e gli altrui diritti, come l’onore o la riservatezza, con esso potenzialmente confliggenti; tensione che si amplifica in un contesto come quello della attività politica, nel quale diventa regola l’utilizzo costante dello strumento mediatico, magari anche tambureggiante, esasperato, ma che difficilmente permette di tracciare una netta linea di confine tra la vera e propria distorsione dei fatti riportati ed additati alla controparte politica ed una forma di informazione che per quanto condizionata da personali e partitiche prese di posizione, risulta essere in linea con il diritto di cronaca e con la libertà di espressione del proprio pensiero attraverso il mezzo della stampa: come spesso affermato dalla giurisprudenza di legittimità, «*in tema di diffamazione a mezzo stampa, qualora la notizia divulgata riguardi atti e comportamenti di uomini politici, il diritto di critica, in quanto estrinsecazione della dialettica democratica, deve essere garantito anche qualora i toni dei giudizi espressi siano aspri e irriverenti, col solo limite del rispetto dei tradizionali canoni dell’interesse pubblico della notizia, della verità dei fatti assunti quali presupposti della critica e della continenza del linguaggio, che non deve trascendere in attacchi personali privi di qualunque giustificazione*»¹⁰³.

Dunque, anche se la gamma di comportamenti potenzialmente idonei a cagionare uno degli eventi degli atti persecutori è decisamente ampia, tale da ricomprendere anche attività che normalmente sarebbero penalmente neutre, è pur sempre vero che le stesse devono inserirsi in un complessivo disegno persecutorio, ove, in virtù della loro reiterata insistenza e dell’affiancamento (non necessario ma frequente) ad altre condotte che già di per sé sarebbero, ad altro titolo, tipiche (es. minaccia, molestia, danneggiamento, violenza ecc.), rappresentano quel *quid* fattuale in grado di giustificare l’insorgere degli stati di squilibrio emotivo e di condizionamento esistenziale tipici dello *stalking*. In un settore dove già solitamente è “rischioso” qualificare come illegittime condotte che di per sé rappresentano espressione di uno dei fondamentali diritti individuali, quello della libertà di espressione del proprio pensiero, *sub specie* diritto di cronaca, occorre

quindi una particolare prudenza da parte dell’interprete, che dovrà attentamente verificare non solo la natura diffamatoria delle pubblicazioni, ma anche la loro attitudine a provocare quel *surplus* di offesa che vada oltre la lesione dell’onore del soggetto coinvolto dal martellante attacco mediatico, per concretizzare un significativo turbamento di ordine emotivo e/o psicologico o comunque una forzata modifica delle proprie abitudini di vita quali tipiche lesioni della libertà di autodeterminazione protetta dalla norma sugli atti persecutori. Si ritiene cioè che in questo caso, la persecutorietà delle condotte, debba necessariamente passare per una previa illiceità delle stesse, poiché in nessun caso sarebbe possibile configurare come tipicamente rilevante ai sensi dell’art. 612-*bis* un’ipotesi di legittimo esercizio del diritto di cronaca, quando anche fosse in grado, in base ai suoi contenuti critici, di provocare disagio o turbamento emotivo a danno del soggetto al quale quegli attacchi, ripetuti e costanti, sono diretti.

Solo a queste condizioni si ritiene di poter utilizzare lo strumento degli atti persecutori rispetto ad una base comportamentale che sfugge alle usuali tipologie di tipo persecutorio: il tipo normativo, per sua vocazione e struttura molto ampio, è sicuramente in grado di coprire anche questo tipo fattuale, purché non si riduca a mera rilevazione del nesso causale rispetto agli eventi tipici dello *stalking*, pena una incostituzionale compressione della concorrente libertà di manifestazione del pensiero e della sua estrinsecazione attraverso il diritto di cronaca. Il giudice chiamato a valutarne la corresponsione rispetto alla norma sugli atti persecutori, dovrà accuratamente verificare se, alla stregua dei canoni di legittimità del diritto di cronaca, gli articoli pubblicati abbiano effettivamente natura diffamatoria. E non dovrà affidarsi alla circostanza della comparsa di più pubblicazioni di simile tenore diffamatorio in un arco temporale più o meno ristretto, per ricavarne *deplano* il requisito della reiterazione richiesto dalla natura abituale del reato.

In una materia così delicata, con così tanti interessi contrapposti, e data anche la matrice politica delle pubblicazioni, che rischia di rendere ancora più drammatico l’intervento giurisprudenziale, non può darsi vita a nessun tipo di automatismo applicativo, dovendo vagliare con attenzione la capacità delle condotte diffamatorie di provocare, in alternativa, o anche cumulativamente, uno dei tre eventi caratterizzanti il delitto di *stalking*. Siamo in presenza, se dovesse confermarsi la tesi accusatoria, di un caso limite, che tuttavia, grazie all’ampiezza del dato normativo, potrebbe creare un pericoloso precedente ed una innaturale ed inopportuna estensione di un pesante strumento punitivo rispetto a dinamiche conflittuali di ben altra (e più lieve) gravità.

Nel caso di specie, in particolare, trattandosi di pubblicazioni (a sfondo politico) ritenute dalla pubblica accusa di carattere diffamatorio, è possibile, almeno

¹⁰³ Sul punto fanno storia le note sentenze Cass. pen., 30 giugno 1984, n. 8959 e, soprattutto, Cass. civ., 18 ottobre 1984 n. 5259, convenzionalmente nota come “decalogo del giornalista”, indicante le tre regole d’oro (*verità, pertinenza e continenza*) cui qualsiasi cronista è tenuto ad attenersi per esercitare legittimamente il proprio diritto di raccontare e diffondere notizie anche in palese contrasto con l’altrui diritto alla riservatezza. *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2012, n. 38437, in *Giur. it.*, aprile 2013, 927-928, con nota di MENARDO N., *Sui limiti del diritto di critica politica a mezzo stampa*, 928 ss.

in astratto, paventare almeno due dei tre eventi *ex art. 612-bis*, vale a dire il perdurante e grave stato di ansia o di paura ed il mutamento delle abitudini di vita. Del tutto fuori contesto sarebbe invece il richiamo al terzo dei possibili eventi, vale a dire il fondato timore per la propria incolumità o quella dei prossimi congiunti, che in effetti non sembra rientrare tra le ipotesi accusatorie formulate nel secondo capo di imputazione (che tuttavia, maldestramente parla di *timore* di nuove pubblicazioni).

Rimane da verificare un'ultima questione, relativa al possibile concorso di reati tra i fatti di diffamazione e quelli di atti persecutori. Occorre verificare cioè la correttezza dell'ipotesi accusatoria che ritiene non assorbiti i fatti di diffamazione nel complessivo disegno persecutorio attuato dai quattro imputati, i quali dunque sono chiamati a rispondere anche ai sensi degli artt. 110, 81 c.p.v. commi 1° e 2° - 595 commi 1°, 2° e 3° c.p. e art. 13 l. n. 47/48 (cd. *legge sulla Stampa*).

Anche in questo caso, la natura abituale del reato può venire in soccorso per la soluzione del quesito. Come si è avuto modo di precisare, in tale tipologia di reati, le condotte che, compiute in serie, danno vita al tipo, se singolarmente considerate, possono essere sia penalmente irrilevanti, sia costituire diverso titolo di reato, lasciando in ogni caso impregiudicata la questione circa l'eventuale assorbimento di quest'ultimo nel reato abituale; il quale trova nel *quid pluris* della reiterazione non solo un suo significativo elemento strutturale, ma anche il criterio di orientamento per individuare l'oggettività giuridica tutelata, che potrebbe anche non corrispondere a quella o quelle contemplate dagli eventuali reati-base. Laddove, se di reato complesso si fosse trattato, la questione poteva essere già astrattamente risolta: in questo caso oltre al vincolo di forma derivante dalla necessaria corresponsione dei singoli segmenti di condotta al tipo individuato dalla norma strutturalmente "inglobata"¹⁰⁴, nessun dubbio può sussistere sul necessario assorbimento dei reati-base nel reato complesso, con il quale dunque, non potranno mai condividere la stessa base fattuale.

Nel caso del reato abituale proprio, occorre invece verificare di volta in volta se le singole condotte, "spogliate" del carattere della serialità, soddisfino i requisiti di tipicità di altre fattispecie; ed in questo caso domandarsi quale sia il rapporto tra tali fattispecie ed il reato abituale. L'eventualità e la non necessarietà di questo rapporto di continenza esclude che si possa, infatti, individuare una soluzione in astratto valida in tutti i casi, che dovrà invece essere ricostruita utilizzando i vari pa-

¹⁰⁴ Sul punto, in senso critico, GAROFOLI F., *Manuale di Diritto Penale*, p.g., Nel Diritto Editore, 2011 p. 1188 in cui, trattando dei problemi applicativi del criterio della continenza, ne individua il limite nel principio di proporzione «...che risulta incompatibile con la confluenza nel reato contenente di fatti per i quali il legislatore prevede una pena ed esprime quindi un disvalore più elevati rispetto a quelli riguardanti il primo».

rametri individuati per distinguere le ipotesi di concorso di reati da quelle di mero concorso apparente tra norme¹⁰⁵ (specialità, assorbimento, sussidiarietà ecc.¹⁰⁶).

A titolo esemplificativo, e seguendo le indicazioni della giurisprudenza, il reato di *stalking* configurerebbe una fattispecie speciale rispetto ai reati di minaccia e molestie, ma non rispetto al reato di violenza privata. La violenza privata, infatti, è finalizzata a costringere la persona offesa a fare, non fare, tollerare od omettere qualcosa, mentre lo *stalking* influisce sull'emotività della vittima; ne deriva che i due reati possono essere contestati in concorso tra loro.

Sempre secondo i giudici di legittimità, i reati di *stalking* e di lesioni personali possono pacificamente concorrere, con conseguente possibilità che il reato di lesione personale possa essere posto in rapporto di connessione teleologica con l'altra fattispecie delittuosa: la sussistenza del grave e perdurante stato di turbamento emotivo preso in considerazione dall'art. 612-bis c.p. prescinde, infatti, dall'accertamento di uno stato patologico, che può assumere rilevanza solo nell'ipotesi di contestazione del concorso formale con l'ulteriore delitto di lesioni¹⁰⁷.

¹⁰⁵ V. ANTOLISEI F., *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. Pen.*, 1942, II, 209 che precisa come, «in taluni casi, il confluire di più norme incriminatrici nei confronti di un medesimo fatto non è reale ma soltanto apparente: sicché, in luogo del configurarsi di un concorso di reati, si ha unicità di reato, essendo una sola la norma incriminatrice veramente applicabile all'ipotesi di specie. In caso di conflitto di norme, allora, per accertare la realtà o l'apparenza del concorso, occorre rifarsi a tre criteri: specialità, sussidiarietà, consunzione (o assorbimento)».

¹⁰⁶ Per una precisa analisi di ciascuno dei tre criteri v. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, p.g., Zanichelli, 2011, p. 673 ove, a seguito di una valutazione in chiave critica delle varie tendenze interpretative succedutesi in riferimento al concetto di "stessa materia" (di cui all'art. 15 c.p.) e all'avvaloramento della tesi orientata ad intenderla come "medesima situazione di fatto", evidenzia la necessità di adottare, in aggiunta ed in combinazione con il criterio logico-formale della specialità, anche quelli di sussidiarietà e di assorbimento «più idonei per loro natura a giustificare soluzioni di conflitti basate su apprezzamenti di valore».

¹⁰⁷ Prima della modifica del comma 2° dell'art. 612-bis c.p., il rapporto intercorrente tra la fattispecie dello *stalking* e quella dei maltrattamenti - di cui all'art. 575 c.p. - era pacificamente ritenuto, per consolidata giurisprudenza, di sussidiarietà (fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658 e Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575), in considerazione della clausola di salvaguardia espressa in apertura dell'art. 612-bis c.p., della maggior gravità del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di maltrattamenti ed, infine, della chiara e precisa delimitazione dei rispettivi ambiti applicativi delle due fattispecie delittuose (in sostanza, gli atti persecutori perpetrati dal coniuge in costanza di matrimonio o dal partner nel contesto di un rapporto affettivo erano assorbiti nella più grave ipotesi dei maltrattamenti in quanto posti in essere nel microcosmo familiare). Con la modifica apportata dall'art. 1 comma 3, lett. a), d.l. n. 93/2013, conv., con mod., dalla legge n. 119/2013, il legislatore ha esteso l'aggravante di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p. anche alle condotte persecutorie tenute in ambito familiare, e cioè dal coniuge o dal convivente in pendenza di un vincolo relazionale attuale con la vittima. Lo sconfinamento dell'ambito applicativo del reato di

stalking in quello prima competente al solo delitto di maltrattamenti in famiglia ha travolto il pregresso equilibrio interpretativo e, ad oggi, la nuova aggravante dello *stalking* intra-familiare si pone in evidente rischio di sovrapposizione e frizione con il delitto di maltrattamenti, laddove condotte assillanti, prevaricatrici ed aggressive poste in essere in ambito familiare ben potrebbero configurare, al tempo stesso, sia la forma aggravata dell'uno che quella base dell'altro delitto, con tutte le conseguenti criticità in punto di concorso apparente tra norme e sue possibili soluzioni. Sul punto Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2011, n. 24575 (supra) e Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2011, n. 46196 hanno, ad esempio, precisato che l'oggettività giuridica delle due fattispecie di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p. è diversa e diversi sono i soggetti attivi e passivi delle due condotte illecite, ancorché le condotte materiali dei reati appaiono omologabili per modalità esecutive e per tipologia lesiva: ed inverso, il reato di maltrattamenti è un reato proprio perché può essere commesso solo da un soggetto che rivesta un ruolo preciso nel contesto familiare, mentre il reato di *stalking* è reato comune perché può essere commesso da chiunque e all'interno dei più svariati contesti relazionali, e vede nel suo comma secondo un'eccezione legata ad un requisito soggettivo conferente alla fattispecie in sé quel maggior disvalore tradotto, appunto, dal legislatore nell'aggravio di pena. Altri ancora sostengono di dirimere il conflitto apparente tra le due norme sulla base della diversità dei beni giuridici dalle stesse tutelati: e cioè la famiglia nell'un caso e la libertà morale nell'altro (in senso contrario invece, fra le tante, Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 27987: "Nel reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 cod. pen. l'oggetto giuridico non è costituito solo dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori e violenti, ma anche dalla difesa dell'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nella norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari"). Dottrina minoritaria (Cfr., in tal senso, prima della novella del 2013, TIGANO S., *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex": dall'introduzione della fattispecie di stalking alla legge n. 172 del 2012*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2013, p. 350) facendo leva sulla sovrapposibilità strutturale delle due norme, sull'abitudine delle loro possibili condotte e sull'unitarietà del dolo, evidenzia che solo per la configurazione del reato di *stalking* sono da potersi prendere in considerazione anche condotte atipiche, monisticamente non rilevanti sul piano penale, che, però, cumulate tra loro, se idonee a cagionare uno degli eventi patentati nel reato di *stalking*, valgono a caricare di disvalore il fatto concreto ed a giustificare una risposta repressiva. Altra dottrina, non a torto (MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, 2007, Cedam, p. 252 ss.), avverte che deve escludersi la contemporanea applicazione di entrambe le norme penali che produrrebbe una ingiusta duplicazione di pena in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale. Dunque, per effetto della modifica legislativa apportata nel 2013 al comma secondo dell'art. 612-*bis*, si deve considerare in concreto quale tra le due fattispecie concorrenti sia realmente più grave: la difficoltà sta nel fatto che il reato di maltrattamenti, mentre risulta più grave per pena edittale sia nel minimo che nel massimo rispetto alla forma generale di atti persecutori di cui al primo comma dell'art. 612-*bis*, è punito con una pena edittale massima meno elevata rispetto a quella prevista per il reato di *stalking* nell'ipotesi aggravata contemplata dal nuovo secondo comma. Poiché, tuttavia, il disposto di cui all'art. 81 richiama la "violazione" più grave e non il "reato" più grave, per giurisprudenza consolidate (cfr. ad es. Cass. pen., sez. I, 3 luglio 2014, n. 34148; Cass., sez. un., 28 febbraio 2013, n. 25939; Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 3286) si ritiene utile guardare anziché al rapporto tra i parametri edittali previsti per ciascuna delle due fattispecie astratte, la pena di fatto comminabile dal giudice

Nel caso di specie si ritiene che le due oggettività giuridiche rispettivamente protette dal delitto di diffamazione e da quello di atti persecutori siano tra di loro sufficientemente disomogenee (a differenza di quanto accade con le minacce o con le molestie) da non comportare, in caso di concorso formale, l'assorbimento del primo all'interno del secondo. Nessun criterio di tipo strutturale (ad esempio la sussidiarietà), o di valore (ad es. l'assorbimento o la progressione criminosa), può essere invocato in questo caso, dovendosi ritenere quindi sul punto corretta l'impostazione accusatoria.

in relazione alla fattispecie sottoposta al suo esame, sulla base degli indici dell'art. 133 c.p. e delle circostanze eventualmente presenti. Alcuni ritengono percorribile questa strada anche per quanto riguarda l'analisi del rapporto tra i delitti di maltrattamenti in famiglia e *stalking* aggravato intrafamiliare. La conclusione oggi più ragionevole sembra però quella "sostanzialistica" volta cioè a dirimere il conflitto tra le due norme non sulla base di un accertamento del loro rapporto in astratto, bensì in concreto, cioè valutando tutti gli elementi significativi del fatto storico realizzato. Di questo avviso è MERLI A. che, in *Differenze e linee di continuità tra il reato di stalking e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p. ad opera della legge cd. sul femminicidio*, in *Penale Contemporaneo*, 26 febbraio 2015, sottolinea come i ripetuti comportamenti vessatori sussumibili nella specifica previsione di cui al secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p., potrebbero, talvolta, evidenziare un maggior disvalore penale del reato di atti persecutori rispetto a quello di maltrattamenti in famiglia e implicare l'assorbimento della fattispecie di cui all'art. 572 c.p. in quanto produttiva di un grado di offesa meno grave allo stesso bene nel reato di *stalking*. Non è esclusa, secondo la stessa autrice, invece, la possibilità di un concorso materiale fra i due reati ove le vessazioni, minacce, molestie, ingiurie e violenza proseguano al cessare dei maltrattamenti in famiglia, fuori cioè dall'ambiente familiare, e siano perpetrate dal marito dopo il divorzio, o dall'ex partner dopo la definitiva rottura della relazione affettiva.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 02 febbraio 2015 (ud. 26 giugno 2014),
n. 4880

Natura della confisca nel procedimento di prevenzione e principio di irretroattività della legge penale

Le modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. dalla l. n. 125 del 2008) e dalla l. n. 94 del 2009 alla l. n. 575 del 1965, art. 2-bis non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, di guisa che rimane tuttora valida l'assimilazione alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità, in caso di successione di leggi nel tempo, della previsione di cui all'art. 200 c.p..

La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni unite è la seguente: «Se in conseguenza delle modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. dalla l. n. 125 del 2008) e dalla l. n. 94 del 2009, alla l. n. 575 del 1965, art. 2-bis la confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione possa essere ancora equiparata alle misure di sicurezza o abbia assunto connotati sanzionatori e se, quindi, ad essa sia applicabile, in caso di successione delle leggi nel tempo, la previsione di cui all'art. 200 c.p. o quella di cui all'art. 2 c.p.».

La formulazione del quesito, per i Giudici ermellini suggeriva preliminarmente la soluzione di due distinti profili problematici:

- il primo, attiene alla persistente assimilabilità della confisca di prevenzione alle misure di sicurezza, alla stregua dell'attuale stato della legislazione;
- il secondo, logicamente subordinato al primo, riguardava l'applicabilità, in ipotesi di successione di leggi nel tempo, della disposizione racchiusa nell'art. 200 c.p., comma 1 – secondo cui “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione” – oppure del principio di irretroattività della legge penale dettato dall'art. 2 c.p.

Alla risoluzione di tali profili appariva, poi, correlato anche l'ulteriore interrogativo concernente la controversa necessità della correlazione temporale tra **cd. perimetrazione cronologica** tra epoca di acquisto del bene da confiscare e manifestazione di pericolosità.

I Giudici del Supremo Consesso, anche in ragione del preannunciato obiettivo di individuare, nella successione delle leggi in materia la norma da applicare, *ratione temporis*, eseguivano un breve excursus legislativo in materia di misure di prevenzione, di cui saranno riportate solo alcune delle riflessioni eseguite dai Supremi Giudici all'ultimo intervento d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

Secondo i Giudici Ermellini, **le misure di prevenzione personale ab origine** erano concepite, quali misure intese a limitare la libertà di soggetti ritenuti pericolosi, al fine di renderne più agevole il controllo da parte delle autorità di pubblica sicurezza, **di poi** sottoposte ad un processo di “costituzionalizzazione”, al fine del necessario, progressivo, adattamento ai parametri costituzionali, interessando un bene di primaria valenza costituzionale come la libertà personale, presidiato dall'art. 13 Cost.; e, quindi, ad un processo di “giurisdizionalizzazione”, allo scopo di assicurare, per quanto possibile – stante la peculiarità del procedimento di prevenzione rispetto a quello di cognizione – la tutela delle garanzie difensive, al fine del contenimento, pur esso ineludibile, con i parametri convenzionali (emblematica, in tal senso è la sentenza della Corte cost. n. 93 del 2010, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, la l. n. 1423 del 1956, art. 4 e la L. n. 575 del 1965, art. 1-ter nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolgesse, davanti al tribunale ed alla corte di appello, nelle forme dell'udienza pubblica, sul rilievo della violazione dell'art. 6, 1, CEDU).

Dal canto loro, **le misure patrimoniali** – in principio elaborate in funzione di mero supporto a quelle personali, al fine di potenziarne l'efficacia preventiva, tanto da porsi in rapporto di mera accessorietà a quest'ultime, pure in termini di contestualità di applicazione – hanno conosciuto, nel tempo, un processo di progressivo sganciamento dalle prime, che ha avuto il suo epilogo, nell'affermazione della loro piena autonomia. Autonomia da intendere, nel senso dell'applicabilità non solo in distinto contesto procedimentale, ma anche nei casi in cui non sia applicabile la misura personale, o perché, la relativa proposta sia stata rigettata o perché, inizialmente applicata, sia stata poi

revocata o, comunque, non sia più attuale e finanche in caso di morte del soggetto inciso.

Le Sezioni unite, in ragione del preannunciato obiettivo di individuare, nella successione delle leggi in materia la norma da applicare, *ratione temporis*, alla fattispecie al loro esame, hanno subito osservato, che la novella del cd. codice antimafia non può trovare applicazione, considerato che, ai sensi dell'art. 117 (recante norme transitorie), le nuove disposizioni non si applicano ai procedimenti per i quali, alla data di entrata in vigore della novella (13 ottobre 2011), sia stata già formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione; in tale ipotesi, continuano, dunque, ad applicarsi le norme previgenti.

Pertanto, considerato che, nel caso al loro esame, la proposta di prevenzione è stata depositata il 16 luglio 2010, quindi anteriormente all'entrata in vigore della disciplina da ultima richiamata, i principali referenti normativi, da evocare in concreto, sono rappresentati, dalle riforme del 2008 e del 2009.

Il dato conclusivo di questo *excursus*, è che, al di là di estemporanee limitazioni dell'ambito di applicazione, non è mai venuta meno la possibilità di estendere a soggetti ritenuti affetti da **pericolosità generica** le misure previste per i soggetti portatori di **pericolosità qualificata** (estensione oggi consacrata dal menzionato d.lgs. n. 159 del 2011, art. 16), sicché, nel caso al loro esame, poiché le proposte di prevenzione sono state formulate nel 2010, non v'è dubbio che alle ricorrenti – pacificamente rientranti nella categoria dei soggetti pericolosi comuni – fosse applicabile la misura di prevenzione patrimoniale.

Risolto positivamente, il pregiudiziale quesito dell'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniale, ai soggetti portatori di pericolosità generica, i Giudici Ermellini, passano ad affrontare il profilo più rilevante della questione di diritto, ovvero sia quello della natura giuridica della confisca di prevenzione sullo sfondo delle intervenute novelle legislative del 2008 e del 2009.

In particolare, per le Sezioni unite si tratta di vedere se, alla luce dei momenti più qualificanti dell'anzidetta novellazione – ovvero sia la definitiva scissione del vincolo di necessaria presupposizione della misura personale rispetto a quella patrimoniale, e l'affermata applicabilità di quest'ultima anche indipendentemente dalla verifica dell'attualità della pericolosità sociale – possa dirsi radicalmente mutata, o meno, la precipua natura della confisca di prevenzione, al punto da aver subito una sorta di trasformazione "genetica".

Per svolgere una approfondita analisi della natura giuridica della confisca, il Supremo Consesso, procede ad una rivisitazione in prospettiva storico-sistemica, dei problemi posti dal quesito e, segnatamente, del suo inquadramento nella categoria della pena, in virtù di natura sanzionatoria, o della misura di sicurezza, in virtù di finalità squisitamente preventiva, ha costituito

da tempo oggetto di vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

Una premessa sostanziale è, comunque, d'obbligo per i Giudici ermellini i quali sottolineano, che al di là delle diverse angolazioni prospettiche, in chiave teorico-domatica, la confisca è, di per sé, istituto "neutro", capace di assumere natura e fisionomia diverse, a seconda del regime normativo che la contempla. Appare, quindi, appropriata, e non solo suggestiva, la definizione dottrina di istituto "camaleontico", ad eloquente sottolineatura della capacità della confisca di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepirne le peculiari finalità, che, per suo tramite, il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire.

Non può, allora, sorprendere che, nell'interpretazione giurisprudenziale di legittimità, alla confisca, nelle sue diverse applicazioni, sia stata, di volta in volta, attribuita natura diversa: in termini ora di misura di sicurezza, ora di sanzione (tipica od atipica), ora di misura preventiva.

Solo in via esemplificativa, può ricordarsi che – pacifica, per formale inquadramento sistematico, la natura di misura di sicurezza della confisca di cui all'art. 240 c.p. – è stata attribuita natura sanzionatoria alla "confisca per equivalente" o "allargata" di cui al d.l. n. 306 del 1992, art. 12-*sexies* (da ultimo, sez.un., n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, Rv. 260247), in linea, peraltro, con l'interpretazione dell'art. 7 CEDU elaborata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 09/02/1995 Welch c. Regno Unito; ed alla confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari dalla l. n. 244 del 2007, art. 1, comma 143, (sez. un., n. 18374 del 31 gennaio 2013, Adani, Rv. 255037). Invece, la "confisca urbanistica", prevista in materia di lottizzazione abusiva dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 2, è stata considerata, per consolidata interpretazione, una sanzione amministrativa e non già una misura di sicurezza di natura patrimoniale, pur permanendone il carattere sanzionatorio ai sensi dell'art. 7 CEDU, con riferimento alla sentenza Corte EDU 30/08/2007, Sud Fondi s.r.l. e. Italia, (Sez. 3, n. 36844 del 09 luglio 2009, Contò, Rv. 244923). Ed ancora, alla "confisca stradale", ossia alla confisca del veicolo coinvolto nel sinistro, nelle ipotesi normativamente previste, la giurisprudenza ha costantemente assegnato natura di sanzione penale accessoria e non di misura di sicurezza patrimoniale (sez.un., n. 23428 del 25 febbraio 2010, Caligo, Rv. 247042), pur se il nuovo art. 224-*ter* C.d.S. introdotto dalla l. 20 luglio 2010, n. 120, art. 44 l'ha qualificata espressamente come "sanzione amministrativa accessoria". Ed infine, alla confisca in esame, per quanto si dirà in prosieguo, la giurisprudenza, pressoché unanimemente, ha attribuito connotazione preventiva.

I termini dell'alternativa, posti all'attenzione delle Sezioni unite, ovvero sia di dirimere se la confisca di prevenzione abbia natura preventiva o sanzionatoria

non risponde ad esigenze di mera classificazione nominalistica, ma è invece, come chiariranno i Giudici, foriero di notevoli riflessi pratici, sul versante della disciplina da applicare in concreto.

Ed infatti, il riconoscimento della connotazione preventiva giustifica l'assimilazione della confisca di prevenzione alle misure di sicurezza, con conseguente possibilità di applicare ad essa la disposizione dell'art. 200 c.p. (attuativa, nella presente materia, del principio *tempus regit actum*), ove invece l'attribuzione della natura sanzionatoria comporta l'applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 11 preleggi, sancito, per la materia penale, dall'art. 2 c.p. e, poi, consacrato dall'art. 25 Cost..

Il quesito di recente, si è riproposto in giurisprudenza nell'originaria alternativa (natura preventiva o sanzionatoria) ed è stato, diversamente risolto dalle Sezioni della Corte Suprema, sì da ingenerare il contrasto che le Sezioni unite sono oggi chiamate a risolvere.

Al **primo orientamento (finalità preventiva)** si iscrivono la sentenza Sez. 1, n. 39204 del 17 maggio 2013, Ferrara, Rv. 256141 ed altre successive, che, pur in presenza del *novum* normativo, hanno continuato a ritenere che la confisca abbia mantenuto la sua originaria connotazione (più di recente, Sez. 1, n. 16729 del 17 gennaio 2014, De Luca Renziere, non mass.; Sez. 1, n. 44327 del 18 luglio 2013, Gabriele, Rv 257638).

Al **secondo orientamento**, si è, invece, detta la già citata Sez. 5, Occhipinti, Rv. 255043, ravvisando nella nuova disciplina – e segnatamente nel suo profilo più caratterizzante, ovvero sia il definitivo sganciamento della misura di prevenzione patrimoniale dalla condizione di attualità della pericolosità sociale – elementi sintomatici di mutata fisionomia, reputando che l'affermata disarticolazione (tra confisca e persistente pericolosità) avrebbe finito con il modificare, radicalmente, la tradizionale fisionomia della confisca, esaltandone il **connotato sanzionatorio** ad essa, assertivamente, inerente.

Sempre per le esposte ragioni di sintesi connaturate alla presente rubrica, i Giudici delle Sezioni unite, hanno ribadito che presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale continua ad essere la pericolosità del soggetto inciso, ossia la sua riconducibilità ad una delle categorie soggettive previste dalla normativa di settore ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione. Correttamente, pertanto, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, anche nei casi di applicazione disgiunta, il giudice della prevenzione debba valutare, sia pure *incidenter tantum*, la condizione di pericolosità del soggetto nei cui confronti sia richiesta la misura patrimoniale. Ciò in quanto la confisca disgiunta non è istituito che ha introdotto nel nostro ordinamento una diretta *actio in rem*, restando imprescindibile il rapporto tra pericolosità sociale del soggetto e gli incrementi patrimoniali

li da lui conseguiti (Sez. 1, n. 48882 del 08 ottobre 2013, San Carlo Invest Srl, Rv. 257605).

Ciò è indubbiamente vero, con la necessaria precisazione, però, che ad assumere rilievo non è tanto la qualità di pericoloso sociale del titolare, in sé considerata, quanto piuttosto la circostanza che egli fosse tale al momento dell'acquisto del bene.

Se così è, e se tale rapporto è indefettibile, nel senso che, in tanto può essere aggredito un determinato bene, in quanto chi l'abbia acquistato fosse, al momento dell'acquisto, soggetto pericoloso, resta esaltata la funzione preventiva della confisca, in quanto volta a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato, stante l'efficacia deterrente della stessa ablazione

Succintamente, per le Sezioni unite si può ribadire che le novelle legislative in subiecta materia non hanno inciso sulla tradizionale fisionomia della confisca di prevenzione, così come configurata dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina, è logico inferire che non v'è ragione di dubitare della persistente assimilabilità della misura di prevenzione patrimoniale alle misure di sicurezza e, dunque, della ritenuta applicabilità alla prima della previsione di cui all'art. 200 c.p..

Esclusa la natura sanzionatoria, non può dunque trovare applicazione, il principio di irretroattività di cui all'art. 2 c.p.

Occorre, a questo punto, affrontare il correlato quesito della necessità o meno della **perimetrazione cronologica**, ossia della correlazione temporale tra acquisto del bene e manifestazione della pericolosità sociale.

Sul correlato aspetto problematico relativo alla perimetrazione cronologica dell'acquisto è dato registrare, nella giurisprudenza di questa Corte, una difformità di opinioni.

Infatti, mentre alcune pronunce delimitano rigorosamente quell'ambito, rapportandolo al positivo accertamento dell'arco temporale di manifestazione della pericolosità sociale (Sez. 5, n. 18822 del 23 marzo 2007, Cangialosi, Rv. 236920; Sez. 5, n. 24778 del 13 giugno 2006, Cosoleto, Rv. 234733; Sez. 1, n. 2654 del 02 maggio 1995, Genovese, Rv. 202142; Sez. 1, n. 2186 del 18 maggio 1992, Vincenti, Rv. 191582); altre sentenze – ben più numerose – ritengono, invece, che, in tema di criminalità organizzata, il potere di ablazione non sia vincolato ai limiti di quell'accertamento, potendo riguardare anche beni acquistati antecedentemente, sull'ovvio presupposto che ricorrano le condizioni della sproporzione rispetto alla capacità reddituale e, quindi, della presumibile provenienza illecita dei beni interessati (da ultimo Sez. 5, n. 16311 del 23 gennaio 2014, Di Vincenzo, Rv. 259872, così massimata: “in tema di misure di prevenzione antimafia, sono soggetti a confisca anche i beni acquisiti dal proposto, direttamente od indirettamente, in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accer-

tamento della pericolosità, purché ne risulti la sproporzione rispetto al reddito ovvero la prova della loro illecita provenienza da qualsivoglia tipologia di reato”; in senso conforme, tra le altre, Sez. 5, n. 3538 del 22 marzo 2013, Zangari, Rv. 258656; Sez. 6, n. 35240 del 27 giugno 2013, Cardone, Rv. 256266; Sez. 5, n. 27228 del 21 aprile 2011, Cuozzo, Rv. 250917; Sez. 1, n. 39798 del 20 ottobre 2010, Stagno, Rv. 249012; Sez. 6, n. 4702 del 15 gennaio 2010, Quartarano, Rv. 246084; Sez. 1, n. 35175 del 04 giugno 2009, Sicolo, Rv. 245363; Sez. 2, n. 25558 del 16 aprile 2009, Di Salvo, Rv. 244150; Sez. 1, n. 35466 del 29 maggio 2009, Caruso, Rv. 244827; Sez. 2, n. 21717 del 08 aprile 2008, Failla, Rv. 240501).

A ben vedere, rilevano i Giudici Ermellini, si tratta, però, di un falso problema, non appena si consideri – secondo quanto sopra evidenziato – che la pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche “misura temporale” del suo ambito applicativo e, quindi, della sua efficacia acquisitiva.

Senonché, mentre nell’ipotesi di pericolosità “generica” l’individuazione cronologica rappresenta – per quanto si è detto – operazione tutt’altro che disagevole, in caso di pericolosità qualificata la relativa determinazione appare più complessa e problematica. Ed infatti, fermo restando il principio che la pericolosità (*rectius* l’ambito cronologico della sua esplicazione) è “misura” dell’ablazione, la proiezione temporale di tale qualità non sempre è circoscrivibile in un determinato arco temporale.

Tuttavia, nell’ipotesi in cui la pericolosità investa, come accade ordinariamente, l’intero percorso esistenziale del proposto e ricorrano i requisiti di legge, è pienamente legittima l’apprensione di tutte le componenti patrimoniali ed utilità, di presumibile illecita provenienza, delle quali non risulti, in alcun modo, giustificato il legittimo possesso.

Resta ovviamente salva – come per la pericolosità generica – la facoltà dell’interessato di fornire prova contraria e liberatoria, attraverso la dimostrazione della legittimità degli acquisti in virtù di impiego di lecite fonti reddituali.

Con l’imprescindibile corollario che una prova siffatta, specie per gli acquisti risalenti nel tempo, non deve rispondere, neppure in questo caso, ai rigorosi canoni probatori del giudizio petitorio, con il rischio di assurgere al rango di *probatio diabolica*, potendo – per quanto si è detto – anche affidarsi a mere allegazioni, ossia a riscontrabili prospettazioni di fatti e situazioni che rendano, ragionevolmente, ipotizzabile la legittima provenienza dei beni in contestazione.

Invece, ove la fattispecie concreta consenta al giudice della prevenzione di determinare comunque – in forza di insindacabile apprezzamento di merito (in quanto congruamente giustificato) e sulla base di ogni utile indagine – il momento iniziale ed il termine fina-

le della pericolosità sociale, saranno suscettibili di apprensione coattiva “soltanto” i beni ricadenti nell’anzidetto perimetro temporale.

In conclusione, la questione di diritto posta dall’ordinanza di rimessione è stata risolta con il seguente enunciato di diritto: «*Le modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. dalla l. n. 125 del 2008) e dalla l. n. 94 del 2009 alla l. n. 575 del 1965, art. 2-bis non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell’ambito del procedimento di prevenzione, di guisa che rimane tuttora valida l’assimilazione alle misure di sicurezza e, dunque, l’applicabilità, in caso di successione di leggi nel tempo, della previsione di cui all’art. 200 c.p.*»

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 12 febbraio 2015 (ud. 27 novembre 2014),
n. 6240

Pena accessoria: ammissibilità della sua modifica in fase esecutiva

L’applicazione di una pena accessoria extra o contra legem da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell’esecuzione, purché essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione.

* * *

La questione di diritto sottoposta all’esame delle Sezioni unite è la seguente: «Se l’erronea o omessa applicazione da parte del giudice della cognizione di una pena accessoria predeterminata per legge nella specie e nella durata o l’applicazione da parte del medesimo giudice, previa delimitazione del principio di legalità della pena in rapporto al giudicato e alla sua applicazione in sede esecutiva, di una pena accessoria *extra o contra legem*, possano essere rilevate, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell’esecuzione».

La soluzione della questione, secondo i Giudici Supremi, presuppone l’indagine sul “significato” nell’ordinamento vigente del principio di intangibilità del giudicato e sui poteri riconosciuti al giudice dell’esecuzione. L’ampliamento dei poteri di quest’ultimo non può che intaccare l’irrevocabilità della decisione del giudice della cognizione.

Tanto maggiore è, infatti, il riconoscimento di interventi *in executivis*, tanto minore diventa il principio della non modificabilità della sentenza irrevocabile. Si tratta, quindi, di aspetti inversamente proporzionali, determinando il potenziamento della fase esecutiva l’erosione dell’intangibilità del giudicato.

I Giudici Ermellini eseguono una lettura sistematica in funzione storico-evolutiva del processo di erosione dell’intangibilità del giudicato la cui conclusione

porta ad affermare – in sintesi – che la giurisprudenza della Corte di Cassazione concordemente riconosce la possibilità di intervento *in executivis*, come avvenuto con la sentenza della Sez. 1, n.1436 del 25 giugno 1982, Carbone, Rv. 156173, ove veniva ritenuta inesistente la pena illegittima, e pertanto consentita la rimozione della stessa anche in sede di esecuzione.

Nella specie era stato riscontrato un errore (definito “tanto radicale quanto non vincolante”) nel calcolo della pena pecuniaria, che era stata rapportata ai delitti sanzionabili solo con la pena detentiva.

Anche con la sentenza della Sez. 3, del 24 giugno 1980, Sanseverino, non massimata, richiamata dalla predetta decisione, era stata sostanzialmente riconosciuta l'ammissibilità, in sede esecutiva, dell'accertamento dell'illegittimità intrinseca e quindi dell'ineseguibilità, della pena inflitta con la sentenza irrevocabile di condanna, allorché la pena stessa non sia prevista dalla legge o ecceda per specie e quantità il limite legale.

Alle stesse conclusioni perveniva anche la Sez. 5, con la sentenza n. 809 del 29 aprile 1985, Lattanzio, Rv. 169333: nel caso in esame, al ricorrente era stata inflitta una pena pecuniaria in aggiunta alla sanzione sostitutiva applicatagli *ex l.* 24 novembre 1981, n. 689, art. 77, comma 1, e il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato inammissibile l'incidente di esecuzione dal medesimo proposto, al fine di ottenere l'eliminazione della suddetta pena, in quanto le dedotte censure avrebbero dovuto essere fatte valere in sede di impugnazione.

La sentenza citata censurava la decisione impugnata, ritenendo che anche in sede di esecuzione fosse rilevabile l'applicazione di una pena illegittima non prevista dall'ordinamento giuridico o eccedente per specie o quantità il limite legale.

Anche la giurisprudenza successiva, ha riconosciuto la possibilità di intervento del giudice dell'esecuzione. La Sez. 1, con la sentenza n. 4869 del 06 giugno 2000, Colucci, Rv. 216746, lo limita, però, alle ipotesi di assoluta abnormità della sentenza, conseguentemente, escludendolo in caso di *error in iudicando* (con la sentenza di condanna era stata erroneamente convertita la pena pecuniaria inflitta in libertà controllata, conversione possibile solo per la fase esecutiva a fronte dell'insolvibilità del condannato).

Il principio di legalità della pena costituisce il canone ermeneutico anche per Sez. 1, n. 12453 del 03 marzo 2009, Alfieri, Rv. 243742.

Nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione, in accoglimento delle istanze avanzate dal condannato, aveva rideterminato la pena inflitta con sentenza definitiva (così assumendo di riportarla entro il limite di legge, in presenza della riconosciuta attenuante di cui alla l. n. 203 del 1991, *ex art.* 8).

Nell'accogliere il ricorso del P.g., la Corte chiariva i margini di intervento rimessi al giudice dell'esecuzione,

evidenziando che il principio della legalità della pena, che è valore di rango costituzionale che permea di sé l'intero sistema, e che per certi aspetti può dirsi la legittimazione culturale – in senso laico – del processo, non sopporta di essere costretto in tali limiti, né di essere sacrificato sull'altare del giudicato. Tale profonda valenza costituzionale, pertanto, in mancanza di una norma specifica per il processo di esecuzione, presuppone pertanto – ed anzi impone – l'immediata operatività della norma superiore, da attivare *ex art.* 670 c.p.p., (art. 25 Cost., comma 2, in particolare, ovvero art. 7 CEDU: “Non può essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”), come opzione interpretativa necessaria rispetto all'invocazione alla Corte costituzionale di un intervento additivo, in tal caso, per la fase esecutiva del processo penale.

Infine, con la sentenza della Sez. 4, n. 26117 del 16/05/2012, Toma, Rv. 253562, è stato annullato con rinvio il provvedimento del giudice dell'esecuzione, che aveva deliberato “non luogo a provvedere” sull'istanza di correzione dell'errore materiale avanzata dal condannato, per aver il giudice della cognizione errato il calcolo nella riduzione del terzo per il rito abbreviato, avendo egli inflitto la pena di nove anni di reclusione, calcolata sulla pena finale pari a dodici anni.

I principi elaborati in relazione alla pena principale non possono che valere anche con riguardo alle pene accessorie, non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (sia essa principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali.

Il principio di legalità della pena si applica, invero, anche con riferimento alle pene accessorie, come costantemente affermato dalla Corte di cassazione a partire dalle pronunce adottate in relazione al codice previgente (cfr. Sez. 5, n. 6280 del 21 marzo 1985, De Negri, Rv. 169897), anche in sede esecutiva (Sez. 1, n. 9456 del 25 febbraio 2005, Pozzi, Rv. 230928).

L'emendabilità *in executivis* di una pena accessoria illegale trova il suo fondamento non solo in norme di rango superiore, costituzionale e convenzionale, come si è visto in precedenza, ma anche in norme del codice di rito, quale l'art. 676 c.p.p. che, prevede espressamente la competenza del giudice dell'esecuzione in tema di pene accessorie.

Tale disposizione è di carattere generale e quindi legittima qualsiasi tipo di intervento e, soprattutto, per rimediare ad applicazioni della sanzione in contrasto con norme di rango superiore.

Ulteriore conferma della possibilità per il giudice dell'esecuzione di intervenire, a modifica del giudicato irrevocabile, in tema di pene accessorie, si ricava dall'art. 183 disp. att. c.p.p..

La norma, anche se riguarda l'omessa applicazione di una pena accessoria, e non quindi l'applicazione della stessa in violazione di legge, costituisce comun-

que il riconoscimento, da parte del legislatore, che, con determinati limiti (nella stessa norma esplicitati), sia consentito l'intervento del giudice dell'esecuzione.

Per altro verso, la previsione espressa di (solo) tale tipo di intervento in attuazione del principio più generale espresso dall'art. 676 c.p.p. è giustificata dal fatto che si tratta di applicazione di pena accessoria in *malam partem*.

Inoltre, se è consentito applicare in sede esecutiva una pena accessoria (la cui omissione, da parte del giudice della cognizione, non sia stata oggetto di impugnazione), addirittura in danno dell'imputato condannato, a maggior ragione tale intervento deve essere riconosciuto per emendare in *bonam partem* una pena accessoria illegale.

Sarebbe incoerente ed irragionevole, una soluzione diversa, risolvendosi essa, per di più, in danno del condannato.

Se la giurisprudenza di legittimità si è, nel suo indirizzo maggioritario, espressa nel senso di ritenere possibile l'emenda nella fase esecutiva dell'applicazione erronea di una pena accessoria; non vi è uniformità soprattutto, dei "limiti" di tale intervento.

Per Sez. 2, n. 8079 del 25/05/1973, Bellocco, Rv. 125464, l'erronea applicazione di una pena accessoria da parte del giudice della cognizione non può essere eliminata con la procedura della correzione degli errori materiali, ma deve essere considerata "giuridicamente inesistente"; e tale giuridica inesistenza potrà essere fatta valere in sede esecutiva.

Anche, dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, con la sentenza Sez. 2, n.4492 del 13 novembre 1996, Kenzi, Rv.206850, viene ribadito l'assoluto automatismo dell'applicazione della pena accessoria, in quanto predeterminata per legge sia nella specie che nella durata e sottratta, perciò, alla valutazione discrezionale del giudice, e quindi la possibilità di intervento in *executivis*.

La sentenza Sez. 4, n. 3881 del 28 giugno 2000, Aramini, Rv.217480, a sua volta, richiama espressamente il principio di legalità della pena, elevato a rango di norma fondamentale nell'art. 25 Cost., che riguarda anche il sistema sanzionatorio; sicché l'ordinamento non tollera non solo che si dia esecuzione ad una pena, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, che non aveva all'epoca in cui fu irrogata il suo fondamento nella legge, ma nemmeno che ne perdurino la esecuzione e gli effetti allorché, il legislatore tale pena ha espunto dall'ordinamento con legge successiva a quella del momento in cui è stata applicata, trovandola non più rispondente ai canoni di giustizia, di ragionevolezza, di proporzionalità, di adeguatezza rispetto alla complessa funzione che alla pena è demandata.

Per Sez. 1, n. 9456 del 25 febbraio 2005, Pozzi, Rv.230928, il concetto di illegalità della pena non può restringersi al caso di applicazione di una pena in astratto non prevista dall'ordinamento – per esempio

la pena di morte – ma attiene ad ogni caso di irrogazione di una pena non prevista, per specie o entità, dalla norma ritenuta applicabile, ed altresì al caso che quest'ultima sia in realtà inesistente o inapplicabile in relazione al tempo del commesso reato.

Le argomentazioni della sentenza Sez. 1, n. 38245 del 13 ottobre 2010, Di Marco, Rv. 248300, sono maggiormente articolate.

Nel riconoscere la possibilità della correzione in sede esecutiva dell'entità della pena accessoria per adeguarla alla misura legale, si evidenzia che:

- a) in una interpretazione costituzionalmente orientata, la pena illegale per specie o misura va corretta anche in *executivis*, dovendo tendenzialmente cedere il giudicato a tale più alta valenza fondativa dello statuto della pena;
- b) il limite di cui all'art. 130 c.p.p., secondo cui la correzione non deve portare ad una modificazione essenziale dell'atto, va inteso nel senso che non si deve trattare di un'indebita incursione nel potere valutativo- decisionale del giudice della cognizione, ma non opera quando si tratti di mera applicazione di un effetto determinato ex lege;
- c) l'art. 183 disp. att. c.p.p. autorizza l'applicazione in *executivis* della pena accessoria predeterminata nella specie e nella durata, se a ciò non si è provveduto con la sentenza di condanna, e dunque in *malam partem*.

Tali argomentazioni vengono riprese sostanzialmente anche da Sez. 1, n. 1800 del 30 novembre 2012, Zito, Rv. 254288; da Sez. 1, n. 7346 del 30 gennaio 2013, Catapano, Rv. 254151; e da sez. 1, n. 38712 del 23 gennaio 2013, Villirillo, Rv. 256879.

Ritengono i Giudici Ermellini, che debba essere riconosciuta la possibilità di intervenire in *executivis* per l'emenda di una pena accessoria illegale e che quindi debba essere condiviso l'indirizzo interpretativo, assolutamente maggioritario, espressosi in tal senso.

In base a quanto fin qui argomentato, può quindi affermarsi che, in forza di norme di rango superiore e della stessa disciplina codicistica, sia consentito in *executivis* emendare una pena accessoria illegale, come del resto sostanzialmente riconosciuto anche dall'indirizzo giurisprudenziale minoritario.

La questione vera, allora, è stabilire "limiti" e "ambito" dell'intervento sul giudicato da parte del giudice dell'esecuzione.

E su tale punto, oggetto di pronunce, come si è visto, non sempre uniformi nello stesso indirizzo interpretativo maggioritario, sono chiamate a pronunciarsi le Sezioni unite.

Ritiene il Collegio che le linee-guida da seguire, per pervenire ad una soluzione che non sia frutto di estemporanee valutazioni, possano ricavarsi dal sistema.

Da esso sono, infatti, enucleabili due principi che consentono di delimitare gli interventi sul giudicato del giudice dell'esecuzione.

Innanzitutto, va esclusa l'emendabilità *in executivis*, quando il giudice della cognizione si sia già pronunciato in proposito e sia pervenuto, anche se in modo erroneo, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione di una pena accessoria illegale. In tal caso, alla erroneità della valutazione non può che, porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione.

Ne consegue in sintesi che per le Sezioni unite, il principio ispiratore consente di affermare che, quando il giudice della cognizione abbia espresso le sue valutazioni (a meno di errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema), non sia possibile rimettere in discussione il giudicato.

Applicando tale principio alla questione rimessa alle Sezioni unite, deve affermarsi, quindi, che, quando la pena accessoria inflitta sia frutto di un errore valutativo del giudice della cognizione, non sia possibile emendarla in sede esecutiva.

In secondo luogo, l'intervento del giudice dell'esecuzione è ammesso sempre che non implichi valutazioni discrezionali in ordine alla specie ed alla durata della pena accessoria.

Tanto è ricavabile dallo stesso art. 183 disp. att. c.p.p., che consente al pubblico ministero di richiedere, quando non si sia provveduto in sede di cognizione, l'applicazione di una pena accessoria, purché questa sia "predeterminata dalla legge nella specie e nella durata".

Aspetti particolari presenta l'art. 37 c.p. che prevede, nel caso in cui ad una condanna debba conseguire una pena accessoria temporanea non espressamente determinata, che essa abbia una durata uguale a quella della pena principale (anche se in nessun caso può oltrepassare il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria).

La norma è di facile applicazione nel caso in cui il legislatore si limiti ad indicare soltanto il tipo di pena accessoria applicabile, come ad es. per alcune delle ipotesi previste dall'art. 609-*nonies* c.p., ovvero dell'art. 317-*bis* c.p. che fa genericamente riferimento all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, oppure ancora dell'art. 31 c.p. che prevede l'interdizione temporanea dai pubblici uffici in relazione ad ogni condanna per delitti commessi con abuso di un pubblico ufficio o di una professione o di un'arte.

In tutti tali casi non c'è dubbio che la durata della pena accessoria dovrà essere commisurata alla durata della pena principale inflitta.

Diverso, è il caso in cui la pena accessoria, sia indicata con un limite minimo o massimo di durata. In proposito si sono formati due indirizzi interpretativi.

Secondo un **primo orientamento**, il disposto dell'art. 37 c.p. non trova applicazione quando la pena accessoria, sia indicata con la previsione di un minimo o di un massimo, giacché, anche in tal caso la pena accessoria deve considerarsi espressamente determinata dalla legge e spetta al giudice stabilirne, in concre-

to, la durata attraverso i parametri di cui all'art. 133 c.p. (in tal senso, tra le altre, Sez. F, n. 35729 del 01 agosto 2013, Agrama, Rv. 256581; Sez. 3, n. 42889 del 15 ottobre 2008, Di Vincenzo, Rv. 241538; Sez. 3, n. 25299 del 17 aprile 2008, Ravara, Rv. 240256; Sez. 3, n. 42889 del 15 ottobre 2008, Di Vincenzo, Rv. 241538; Sez. 5, n. 759 del 21 settembre 1989, Denegri, Rv.183110).

Per un **secondo orientamento**, invece, può parlarsi di pena "espressamente determinata" solo quando il legislatore fissi in concreto la durata, mentre in tutti gli altri casi (sia che venga indicato il minimo e il massimo, ovvero il solo minimo o il solo massimo), trova applicazione l'art. 37 c.p. e quindi la pena accessoria va determinata con riferimento a quella principale inflitta (così Sez. 3, n. 20428 del 02 aprile 2014, S., Rv. 259650; Sez. 5, n. 29780 del 30 giugno 2010, Ramunno, Rv. 248258; Sez. 3, n. 41874 del 09 ottobre 2008, Azzani, Rv. 41874; Sez. 1, n. 19807 del 22 aprile 2008, Ponchia, Rv. 240006; Sez. 5, n. 9198 del 15 marzo 2000, Albini, Rv.215987).

Ritengono le Sezioni unite, che sia condivisibile il secondo indirizzo interpretativo.

Non risulta decisivo l'argomento adoperato da Sez. Feriale n. 35729 del 2013, cit., secondo cui, in presenza di una forbice applicativa, tra un minimo ed un massimo, il legislatore abbia inteso dare applicazione ai principi costituzionali della individualizzazione e funzione rieducativa della pena, demandando al giudice di merito una valutazione discrezionale sulla base dei parametri di cui all'art. 133 c.p.

Anche ancorando la pena accessoria a quella principale, risultano rispettati, infatti, gli indicati principi costituzionali, dal momento che di essi ha già tenuto conto il giudice di merito nell'applicare la pena principale e, di riflesso, quella accessoria.

Deve quindi, farsi ricorso alla interpretazione letterale, tenendo conto anche della collocazione sistematica della norma.

Pena "espressamente determinata" è solo quella che sia stata indicata nella specie e nella durata, come del resto confermato dall'art. 183 disp. att. c.p.p. che consente di rimediare, come si è visto, in sede esecutiva, *in malam partem*, alla omissione dell'applicazione di una pena accessoria, purché essa sia "predeterminata nella specie e nella durata".

La determinazione o predeterminazione per legge presuppone, quindi, che non vi sia margine di discrezionalità nell'applicazione della pena. E tanto certamente non si verifica quando sia previsto un minimo ed un massimo entro il quale il giudice possa spaziare.

Ma, a ben vedere, nelle ipotesi alle quali fa riferimento l'indirizzo interpretativo sopra indicato, non può parlarsi neppure di uno "spettro", di una "forbice" o di un "intervallo" editale.

Significativamente il legislatore non adopera le preposizioni "da" "a", cui ordinariamente ricorre nell'in-

dicare la pena edittale per i reati, ma sempre le parole “non inferiore” e “non superiore” oppure “fino a”.

Ulteriore argomento letterale, che fa propendere per il secondo orientamento interpretativo, è rappresentato dall'inciso finale del medesimo art. 37 c.p., laddove si specifica che “in nessun caso può oltrepassarsi il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria”.

Non vi sarebbe stata, invero, necessità di tale precisazione, se il principio della uniformità temporale tra pena principale e pena accessoria, sancito dalla norma, non avesse trovato applicazione nelle ipotesi di indicazione di un minimo o di un massimo della durata di ciascuna specie di pena accessoria.

È quindi la norma stessa a stabilire implicitamente che il criterio in essa formulato trovi applicazione anche quando sia previsto un minimo o un massimo.

Infine, ragioni riconducibili alla collocazione sistematica della norma, confermano gli argomenti di carattere letterale in precedenza evidenziati, l'art. 37 c.p. è norma di carattere generale, che è collocata alla fine del Capo 3° del Titolo 2° del Libro 1° c.p., riservato alle pene accessorie; è posto quindi come norma di “chiusura” che trova applicazione in ogni ipotesi in cui il legislatore non abbia diversamente stabilito, attraverso una indicazione precisa della durata della pena accessoria da applicare.

Ed infatti, quando il legislatore ha voluto indicare tale durata, lo ha espressamente stabilito, come si ricava dal disposto dell'art. 29 c.p. in relazione all'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici.

Con le espressioni “non inferiore”, “non superiore”, “fino a” si è, quindi, voluto soltanto stabilire un limite invalicabile, nel minimo o nel massimo, senza alcuna indicazione della durata della pena accessoria, e si è demandato al giudice di parametrarla a quella della pena principale.

Va ricordato, infine, che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 134 del 2012, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 216, u.c., sollevate in riferimento agli artt. 3 e 4 Cost., e art. 27 Cost., comma 2, e art. 41 Cost., ribadiva (da ultimo ord. n. 293 del 2008), da un lato, “l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione ed in particolare con l'art. 27 Cost., comma 3”, e, dall'altro, riteneva che l'aggiunta normativa richiesta dai giudici rimettenti non costituiva una soluzione costituzionalmente obbligata.

A tale ultimo proposito evidenziava che si chiedeva alla Corte di aggiungere le parole “fino a” all'art. 216, u.c. al fine di rendere applicabile l'art. 37 c.p., ma che tale soluzione era soltanto una di quelle “astrattamente ipotizzagli in caso di accoglimento della questione: infatti sarebbe anche possibile prevedere una pena accessoria predeterminata ma non in misura fissa (ad

esempio da cinque a dieci anni) o una diversa articolazione delle pene accessorie in rapporto all'entità della pena detentiva”.

Vi era, quindi, l'implicito riconoscimento che la soluzione indicata dai giudici rimettenti (una delle possibili), è cioè con l'aggiunta alla disposizione normativa delle parole “fino a”, avrebbe reso possibile l'applicazione dell'art. 37 c.p..

Anche in tutte le ipotesi previste dall'art. 37 c.p. (secondo l'interpretazione in precedenza prospettata) deve, pertanto, ritenersi consentito l'intervento *in executivis*: pur non essendo la durata della pena accessoria predeterminata per legge, è possibile, infatti, determinarla con certezza ed automaticamente (senza alcuna valutazione discrezionale del giudice della esecuzione), sulla base della durata della pena principale inflitta dal giudice della cognizione, tenendo conto dei limiti invalicabili previsti per ciascuna specie.

Sulla scorta delle argomentazioni tracciate le Sezioni unite hanno formulato il seguente principio di diritto: «L'applicazione di una pena accessoria extra o contra legem da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione, purché essa sia determinata per legge (o determinabile, senza alcuna discrezionalità) nella specie e nella durata, e non derivi da un errore valutativo del giudice della cognizione».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 05 febbraio 2015 (ud. 29 gennaio 2015),
n. 5396

Circolazione stradale e tasso alcolimetrico: garanzie difensive nell'esecuzione dell'alcol test

La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto dell'art. 180 c.p.p. e art. 182 c.p.p., comma 2, secondo periodo, fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado.

La questione della quale sono investite le Sezioni unite è enunciabile nei seguenti termini: «Se la nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., possa ritenersi non più deducibile, a norma dell'art. 182 c.p.p., comma 2, se non eccepita dal diretto interessato prima del compimento dell'atto; ovvero, se di tale eccezione debba considerarsi onerato il solo difensore, quale sia in tale ipotesi il momento oltre il quale si verifica la conseguenza della non deducibilità della nullità».

Per la corretta soluzione del quesito, i Giudici Ermellini procedono preliminarmente ad analizzare il quadro normativo di riferimento costituito dall'art. 114 disp. att. c.p.p. e artt. 356 e 354 c.p.p..

L'art. 114 disp. att. c.p.p. ("Avvertimento del diritto all'assistenza del difensore") così recita: "Nel procedere al compimento degli atti indicati dall'art. 356 codice, la polizia giudiziaria avverte la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia".

L'art. 356 c.p.p. ("Assistenza del difensore") prevede che "il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato, agli atti previsti dagli artt. 352 e 354 ...".

L'art. 354 c.p.p. ("Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro"), detta disposizioni per la eventualità di un pericolo di ritardo per tali accertamenti, demandati, a specifiche condizioni, alla iniziativa della polizia giudiziaria.

Tanto posto, precisano le Sezioni unite che l'avvertimento del diritto all'assistenza difensiva, di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. – che, per il tramite dell'art. 356 c.p.p., richiama gli "accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone", di cui all'art. 354 c.p.p. – è riferibile, come affermato da costante giurisprudenza, anche agli accertamenti eseguiti dalla polizia giudiziaria sul tasso alcolemico del conducente di un veicolo ai fini della verifica dei parametri considerati dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 186, comma 2, e successive modifiche (C.d.S.).

Si tratta, infatti di "accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalle ispezioni personali" che, ricorrendo il pericolo che le "tracce ... pertinenti al reato" "si alterino o si disperdano o comunque si modificano" e non potendo il pubblico ministero "intervenire tempestivamente" ovvero non avendo "ancora assunto la direzione delle indagini", possono essere compiuti direttamente dagli ufficiali di polizia giudiziaria (v. per queste coordinate disposizioni l'art. 354 c.p.p., commi 1, 2 e 3; nonché in giurisprudenza, tra le altre, sez. un., n. 1299 del 27 settembre 1995, Cirigliano, n.m. sul punto).

Tali accertamenti, come previsto dall'art. 186 C.d.S., commi 3 e 4, vanno effettuati dagli organi della polizia stradale (individuati dall'art. 12, commi 1 e 2, medesimo codice) sull'analisi dell'aria espirata con l'impiego di un apposito apparecchio (etilometro) secondo le metodologie previste dall'art. 379 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del codice della strada (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495).

Occorre tuttavia rimarcare – precisano i Supremi Giudici – che, prima che si proceda ad accertamento mediante etilometro, e proprio al fine di verificare i presupposti per darvi luogo, gli organi di polizia – come chiarito anche dalla Circolare del Ministro dell'Interno del 29 dicembre 2005, n. 300/A/42175/109/42

– hanno facoltà di sottoporre il conducente "ad accertamenti qualitativi non invasivi o a prove, anche attraverso apparecchi portatili".

Questi accertamenti, di natura discrezionale e affatto preliminari all'acquisizione di elementi indiziari, riferibili alle fattispecie di guida in stato di ebbrezza, contemplate dall'art. 186 C.d.S., comma 2, non rientrano, evidentemente, in quelli presi in considerazione dall'art. 354 c.p.p.; sicché per essi non è luogo a procedere all'avvertimento *ex art.* 114 disp. att. c.p.p..

In questo senso va intesa, e può comunque ricevere condivisione, la linea giurisprudenziale, secondo cui l'avvertimento *ex art.* 114 cit., va dato solo quando l'organo di polizia ritenga di desumere dalle circostanze del fatto, un possibile stato di alterazione del conducente sintomatico dello stato di ebbrezza e non quando esso sia svolto in via meramente "esplorativa" (Sez. 4, n. 10850 del 12 febbraio 2008, Rizzi, Rv. 239404; nella stessa linea, Sez. 4, n. 16553 del 26 gennaio 2011, Pasolini, Rv. 250310).

I poteri e le garanzie previste dalla legge per simili accertamenti, come sopra delineati, appaiono del resto coerenti con il disposto dell'art. 220 disp. coord. c.p.p., secondo cui, quando "nel corso di attività ispettive o di vigilanza ... emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova ... sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice".

Ciò precisato, nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni unite, pur in un contesto di marcata sinteticità e, anzi, di una qualche approssimazione, che caratterizza il verbale redatto dagli organi di p.g. in data 1 febbraio 2011, risulta che il conducente B. venne sottoposto alle specifiche metodiche relative all'impiego di un apparecchio etilometro previste dalle norme regolamentari, sicché deve ritenersi che, nel momento in cui queste vennero effettuate, fossero già emersi a carico del predetto indizi di reità per una della fattispecie di guida in stato di ebbrezza contemplate dall'art. 186 C.d.S., comma 2; tanto che, prima di procedere a tale accertamento – indubitabilmente indifferibile e urgente – al medesimo avrebbe dovuto essere dato avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, come previsto dall'art. 114 disp. att. c.p.p.

Dagli atti non emerge che un simile avvertimento sia stato dato in quel frangente, né l'Ufficio ricorrente pone in dubbio che tale mancanza si sia effettivamente verificata.

La violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p. è pertanto, nella specie non oggetto di discussione, ed essa integra, secondo una linea giurisprudenziale affatto pacifica, una nullità di ordine generale, non assoluta ma a regime cd. intermedio, in base alla previsione dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), (nella parte relativa alla inosservanza delle disposizioni concernenti "l'assistenza ... dell'imputato"), non rientrando in alcuno dei casi considerati dall'art. 179 c.p.p..

Tralasciando altre ipotesi di limiti alla deducibilità non pertinenti al caso di specie, le nullità a regime intermedio verificatesi prima del giudizio, non possono essere più dedotte “dopo la Deliberazione della sentenza di primo grado”, alla stregua di quanto previsto dall’art. 180 c.p.p., richiamato dall’art. 182 c.p.p., comma 2, secondo periodo).

Resta fermo che entro il medesimo termine spetta in primo luogo al giudice, in quanto garante della regolarità del processo, dichiarare le nullità incorse nel procedimento, che egli sia stato in grado di rilevare.

Non può invece qui evocarsi come caso di non (ulteriore) deducibilità quello di cui all’art. 182 c.p.p., primo periodo comma 2, che si riferisce alla ipotesi in cui la “parte assiste all’atto nullo” (“Quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo”).

Infatti, va in primo luogo considerato che, nel caso di specie, non potrebbe dirsi che la parte “assisteva” all’atto inficiato dalla nullità derivante dal mancato avvertimento, essendo da escludere che vi “assistesse” un soggetto (l’indagato o indagabile) che era in procinto di essere sottoposto a un accertamento indifferibile sulla propria persona, proprio perché al medesimo doveva essere data ex art. 114 disp. att. c.p.p. una formale comunicazione circa la “facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia”, che di per sé presuppone la (possibile) non conoscenza di tale facoltà.

A ben vedere, la nullità, nella ipotesi qui considerata, non discende direttamente dal mancato avvertimento di cui all’art. 114 disp. att. c.p.p. ma dalla presunta non conoscenza da parte dell’indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore, alla quale l’avvertimento è preordinato.

Sicché, se per avventura l’indagato comunicasse ai pubblici ufficiali operanti, la sua intenzione di avvisare il difensore dell’atto urgente che si sta per compiere, nessuna nullità deriverebbe, da un mancato previo avviso di tale facoltà da parte della polizia giudiziaria.

In altri termini, per potere eccepire una nullità occorre evidentemente avere contezza del vizio; e quando la legge prescrive che si dia avviso di una qualche facoltà prevede ciò proprio perché si presume che il soggetto destinatario di esso possa ignorarla.

Quindi, conclusivamente, stando a un profilo strettamente logico, nella fattispecie qui considerata l’indagato non “assisteva” all’atto nullo.

Non vi assisteva perché, secondo una valutazione legale, non era a conoscenza della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, essendo irrilevanti conoscenze accidentali di ciò che la legge consentiva (v. per analoghe considerazioni, tra le altre, Sez. 3, n. 33517 del 12 luglio 2005, Rubino, n.m. sul punto).

Egli non poteva dunque eccepire la nullità ex art. 114 disp. att. c.p.p. né prima del compimento delle

operazioni di alcooltest né, per le stesse ragioni, immediatamente dopo.

In genere, poi, per “parte” sulla quale grava l’onere di eccepire una qualsiasi nullità deve intendersi solo il difensore (o il pubblico ministero), e non l’indagato di persona (né altra parte privata), che è soggetto che non ha, o potrebbe solo accidentalmente avere, conoscenze tecnico-processuali idonee ad apprezzare una violazione della legge processuale, come messo bene in luce anche dalla giurisprudenza costituzionale (v. in particolare sentenze n.120 del 2002 e 162 del 1975, relative proprio a censurati casi di non deducibilità di nullità conseguente alla mancata attivazione dell’imputato di persona). Nella stessa linea appare indirizzarsi la sentenza Sezioni unite n. 39060 del 16 luglio 2009, Aprea, da cui è dato desumere che una componente essenziale del concetto di “parte”, ha da essere individuata nel difensore.

Dunque, la previsione dell’art. 182 c.p.p., comma 2, primo periodo, secondo cui, quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita, prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo, non può, in alcuna ipotesi, essere riferita all’indagato o imputato, per postulato non a conoscenza delle regole del diritto, e in particolare dei casi in cui la legge collega a un determinato atto o al suo mancato compimento una qualche nullità.

L’ordinamento processuale si fonda infatti, sulla necessaria assistenza di un difensore nel corso del procedimento, e privilegia la difesa tecnica rispetto all’autodifesa, la quale non è mai consentita in via esclusiva, ma solo in forme che si affiancano all’imprescindibile apporto di un esperto di diritto abilitato alla professione legale (v. in questi termini, sia pure con riferimento ad altro caso di nullità a “regime intermedio”, Sez. 6, n. 3927 del 13 dicembre 2001, Eddif, Rv. 220996).

È appena il caso di rilevare, aggiungono i Supremi Giudici, che la disposizione dell’art. 182 c.p.p., comma 2, ricalca, con minime varianti formali, quella dell’abrogato c.p.p. 1930 art. 471, concernente la cd. sanatoria delle nullità verificatesi nel dibattimento e, quindi, con la necessaria presenza del difensore.

Essa è stata dal legislatore del 1988 trasferita nell’attuale sede soltanto per estendere all’intero arco del procedimento tale “sanatoria” (più propriamente riqualficata come causa di non deducibilità), e non certo per onerare direttamente l’indagato di improprie iniziative processuali di carattere tecnico (v. Relazione al Progetto preliminare, p. 58).

Un esplicito riferimento al solo difensore (oltre che al pubblico ministero) quale soggetto onerato dell’eccezione di una nullità era del resto contenuto nell’analogica previsione dell’art. 138 codice 1913.

Quanto esposto non implica, evidentemente, che l’indagato o imputato non sia personalmente abilitato a rappresentare fatti, dai quali possa emergere un qualche profilo di irregolarità del processo, ma solo che

egli non sia destinatario di un onere di “eccezione di nullità” dal mancato assolvimento del quale possano derivare preclusioni o decadenze.

Non sono quindi condivisibili le affermazioni giurisprudenziali, secondo cui la nullità conseguente all’omesso avviso *ex art. 114 disp. att. c.p.p.* sarebbe “sanata” (*rectius*, non più deducibile) se non dedotta dall’interessato, all’accertamento prima ovvero, immediatamente dopo il compimento dell’atto “non ricorrendo facoltà processuali comportanti cognizioni tecniche professionali proprie del difensore” (così Sez. 4, n. 36009 del 04 giugno 2013, Martelli nominativo non indicato in CED, Rv. 255989; e nello stesso senso, Sez. 4, n. 1399 del 11 marzo 2014, Pittiani, non specificamente massimata sul punto); le quali, da un lato, fanno dipendere la esigibilità dell’assolvimento di un onere dell’indagato di sollevare di persona eccezioni di natura processuale da un impalpabile criterio discrezionale circa la complessità-semplicità delle cognizioni tecniche implicate, e, dall’altro, non danno alcuna contezza di come una tale deduzione potrebbe essere mai esercitata da un soggetto che non abbia “assistito” all’atto nullo, proprio in ragione di un mancato avviso che la legge impone che al medesimo sia dato sul presupposto, appunto, che l’interessato può ignorare la facoltà implicata.

Conclusivamente, deve escludersi che una qualsiasi nullità, debba essere personalmente eccepita, a pena di decadenza, dal soggetto indagato o imputato, non solo nell’immediatezza dell’atto nullo, ma anche successivamente, poiché tale soggetto non ha, o si presume per postulato legale che non abbia, le conoscenze tecniche indispensabili per apprezzare che l’atto o il mancato atto sia non rispettoso delle regole processuali, e per di più che egli debba attivarsi per eccepire ciò, entro certi termini, a pena di decadenza.

È il caso, peraltro di chiarire, in presenza del quadro giurisprudenziale variegato di cui ha dato conto l’ordinanza di rimessione, che nella fattispecie in esame – o in qualunque altra ad essa assimilabile che dipenda dalla mancata osservanza dell’art. 114 disp. att. c.p.p. (come in materia di perquisizioni o sequestri urgenti) – una volta escluso che possa trovare applicazione il limite della deducibilità della nullità di cui all’art. 182 c.p.p., comma 2, primo periodo, non vi è base normativa per ancorare il limite di tempestività della deduzione di nullità al momento immediatamente successivo alla nomina del difensore, attraverso memorie (come ritenuto nel caso di specie dal Tribunale; v. inoltre, in questo senso, da ultimo, Sez. 4, 04 luglio 2013, Rotani, Rv. 256213; Sez. 4, n. 44840 del 11 ottobre 2012, Tedeschi, Rv. 254959; oltre alle già citate sentenze Sez. 4 n. 36009, Martelli, e n. 13999, Pittiani), o a quello della scadenza del termine di cinque giorni dal deposito dell’atto di indagine *ex art. 366 c.p.p.* (tra le altre, Sez. 3, n. 14873 del 28 marzo 2012, Rispo, Rv. 252397; Sez. 2, n. 19100 del 12

aprile 2011, Syll, Rv. 250191; Sez. 2, n. 13392 del 23 marzo 2011, Mbaye, Rv. 250046), o anche a quello del compimento del primo atto successivo del procedimento (v. Sez. 4, n. 45622 del 04 novembre 2209, Maci, Rv. 245797; Sez. 4, n. 45621 del 04 novembre 2009, Moretti, Rv. 245462).

Infatti, trovando applicazione il disposto dell’art. 182 c.p.p., comma 2, secondo periodo, l’eccezione di nullità può essere tempestivamente proposta entro il limite temporale della deliberazione della sentenza di primo grado, a norma dell’art. 180 c.p.p.

Conclusivamente, la questione sottoposta alle Sezioni unite è stata risolta enunciando il seguente principio di diritto: «*La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all’esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell’art. 114 disp. att. c.p.p., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto dell’art. 180 c.p.p. e art. 182 c.p.p., comma 2, secondo periodo, fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado.*».

Rassegna di legittimità

Circolazione stradale – Norme di comportamento – Circolazione – Guida in stato di ebbrezza – Da alcool – Rifiuto di sottoporsi ad accertamenti alcolimetrici – Sentenza di appello – Dichiarazione di prescrizione del reato – Confisca del veicolo – Statuizione di conferma – Legittimità – Condizioni

In tema di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolimetrico, è legittima la decisione del giudice di appello, il quale, pur dichiarando l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, confermi la statuizione relativa alla confisca del veicolo prevista dal codice della strada, allorquando l'impugnazione non abbia investito il punto della decisione concernente la responsabilità penale ed il fatto-reato sia stato definitivamente accertato (Fattispecie nella quale l'imputato aveva impugnato la sentenza di primo grado limitandosi a chiedere la conversione della pena detentiva nella corrispondente sanzione pecuniaria, senza contestare alcunché in ordine all'accertamento del reato ascrittogli).

Cass., sez. 4, sentenza 3 febbraio 2015, n. 6740
(dep. 16 febbraio 2015) Rv. 262250
Pres. Zecca, Est. Serrao, Imp. Mazzoleni,
P.M. Romano (Conf.)
(Rigetta, App. Brescia, 26 maggio 2014)

Giudice – Ricusazione – In genere – Dichiarazione di ricusazione – Allegazione dei documenti contestualmente alla sua presentazione – Obbligatorietà – Sussistenza – Conseguenze – Inammissibilità

In tema di ricusazione, la sanzione di inammissibilità, che l'art. 41 c.p.p. fa discendere dal mancato rispetto dell'art. 38, comma terzo, c.p.p., si applica anche come conseguenza della mancata produzione dei documenti idonei a comprovare l'esistenza della causa di ricusazione ovvero dei presupposti legittimanti l'esercizio di tale strumento processuale.

Cass., sez. 1, sentenza 20 gennaio 2015, n. 7890
(dep. 20 febbraio 2015) Rv. 262324
Pres. Cortese, Est. Centonze, Imp. Acri,
P.M. Galli (Conf.)
(Rigetta, App. Catanzaro, 17 febbraio 2014)

Indagini preliminari – Chiusura delle indagini – In genere – Avviso ex art. 415-bis c.p.p. – Regressione del procedimento a seguito di ordinanza ex art. 521, comma secondo, c.p.p. – Rinnovazione della noti-

ficazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari – Necessità – Esclusione – Condizioni

Nel caso di regressione del procedimento nella fase delle indagini preliminari a seguito di ordinanza emessa ai sensi dell'art. 521, comma secondo, c.p.p., non è dovuta la rinnovazione dell'avviso di cui all'art. 415 bis c.p.p. se, rispetto alla fase procedimentale anteriore alla regressione in cui l'imputato ha avuto piena conoscenza delle accuse a suo carico, non sia intervenuto un "quid novi" in relazione al quale egli avrebbe diritto di calibrare diversamente l'esercizio del suo diritto di difesa.

Cass., sez. 5, sentenza 15 dicembre 2014, n. 7292
(dep. 18 febbraio 2015) Rv. 262317
Pres. Palla, Est. Fumo, Imp. Messina,
P.M. Fraticelli (Conf.)
(Rigetta, App. Venezia, 14 aprile 2014)

Misure cautelari – Personali – Estinzione – In genere – Revoca e sostituzione – Inammissibilità dell'istanza a norma dell'art. 299, comma quarto bis, c.p.p., come modificato dall'art. 2 d.l. n. 93 del 2013 – Rilevabilità per effetto di impugnazione della persona offesa – Sussistenza – Ragioni

L'inammissibilità dell'istanza di revoca o sostituzione delle misure cautelari coercitive (diverse dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla p.g.) applicate nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona – prevista dall'art. 299, comma quarto bis, c.p.p., per l'ipotesi in cui il richiedente non provveda a notificare contestualmente alla persona offesa l'istanza di revoca, di modifica o anche solo di applicazione della misura con modalità meno gravose – è rilevabile pure se dedotta da quest'ultima mediante impugnazione, poiché trattasi di sanzione che ha la funzione di garantire, anche dopo la chiusura delle indagini preliminari, l'adeguata informazione della vittima del reato circa l'evoluzione del regime cautelare in atto, e, quindi, la possibilità per la stessa di fornire eventuali elementi ulteriori al giudice procedente, attivando un contraddittorio cartolare mediante la presentazione, nei due giorni successivi alla notifica, di una memoria ai sensi dell'art. 121 del codice di rito.

Cass., sez. 6, sentenza 5 febbraio 2015, n. 6717
(dep. 16 febbraio 2015) Rv. 262272
Pres. Ippolito, Est. De Amicis, Imp. P.C. in proc. D.,
P.M. Cedrangolo (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. Vasto, 09 ottobre 2014)

Professionisti – Medici e chirurghi – Attività medico chirurgica – Linee guida – Limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve – Condizioni – Ragioni

In tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall'art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), opera soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia e non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee guida contengono solo regole di perizia.

Cass., sez. 4, sentenza 8 luglio 2014, n. 7346

(dep. 18 febbraio 2015) Rv. 262243

Presi. Brusco, Est. Esposito, Imp. Sozzi e altri, P.M. Pinelli (Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Lecce, 08 aprile 2013)

Professionisti – Medici e chirurghi – Cooperazione multidisciplinare nell'attività medico chirurgica – Responsabilità del singolo componente – Accertamento – Verifica della condotta e del ruolo di ciascun sanitario – Necessità

Nei casi in cui alla cura del paziente concorrono, con interventi non necessariamente omologabili, più sanitari, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare una responsabilità di gruppo in base ad un ragionamento aprioristico. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato la sentenza di condanna nei confronti di due medici componenti la più ampia "equipe" chirurgica, rinviando al giudice di merito i dovuti accertamenti sulla sussistenza del nesso causale con le lesioni patite dalla vittima, in ragione del ruolo non preminente in concreto da loro svolto nell'ambito dell'"equipe").

Cass., sez. 4, sentenza 8 luglio 2014, n. 7346

(dep. 18 febbraio 2015) Rv. 262244

Presi. Brusco, Est. Esposito, Imp. Sozzi e altri, P.M. Pinelli (Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Lecce, 08 aprile 2013)

Prove – Chiamata di correo – Collaboratori di giustizia – Pluralità di dichiarazioni accusatorie – Riscontro reciproco – Possibilità – Presenza di divergenze e discrasie – Irrilevanza – Condizioni

Le dichiarazioni accusatorie rese da due collaboranti possono anche riscontrarsi reciprocamente, a condizione che si proceda comunque alla loro valutazione unitamente agli altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, in maniera tale che sia verificata la concordanza sul nucleo essenziale del narrato, rimanendo quindi indifferenti eventuali divergenze o discrasie che investano soltanto elementi circostanziali del fatto, a meno che tali discordanze non siano sintomatiche di una insufficiente attendibilità dei chiamanti stessi.

Cass. sez. 1, sentenza 28 novembre 2014, n. 7643

(dep. 19 febbraio 2015) Rv. 262309

Pres. Cortese, Est. Centonze, Imp. Villacaro e altro, P.M. Iacoviello FM. (Parz. Diff.)

(Annulla in parte con rinvio, App. Salerno, 10 febbraio 2014)

Reati contro la fede pubblica – Delitti – Falsità in atti – In scrittura privata – Nozione scrittura privata – Fattispecie

Ai fini della sussistenza del delitto di cui all'art. 485 c.p., nella nozione di scrittura privata devono essere compresi non solo gli atti che contengono dichiarazioni o manifestazioni di volontà idonee a costituire ovvero modificare diritti e posizioni oggettive, ma anche quelli relativi a situazioni da cui possono derivare effetti giuridicamente rilevanti per un determinato soggetto. (Fattispecie relativa all'apposizione di una falsa firma di un architetto su un allegato planimetrico depositato unitamente alla dichiarazione di inizio attività di lavori di ristrutturazione di un fabbricato).

Cass., sez. 5, sentenza 16 ottobre 2014, n. 7703

(dep. 19 febbraio 2015) Rv. 262314

Pres. Vessichelli, Est. Pezzullo, Imp. Brachi, P.M. Mazzotta G. (Conf.)

(Rigetta, App. Bologna, 29 marzo 2013)

Reato – Cause di giustificazione – Uso legittimo delle armi – Configurabilità – Condizioni

Per la configurabilità della scriminante dell'uso legittimo delle armi occorre che si verifichino le condizioni di seguito indicate, in presenza delle quali è da escludersi la responsabilità dell'agente per il verificarsi dell'evento più grave da lui non voluto, anche nei confronti di terzi estranei al reato: a) che non vi sia altro mezzo possibile; b) che tra i vari mezzi di coazione venga scelto quello meno lesivo; c) che l'uso di tale mezzo venga graduato secondo le esigenze specifiche del caso, nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità.

Cass., sez. 4, sentenza 22 maggio 2014, n. 6719

(dep. 16 febbraio 2015) Rv. 262238

Pres. Zecca, Est. Esposito, Imp. P.C., P.G. in proc. Pillitu, P.M. Galli (Diff.)

(Rigetta, App. Cagliari, 11 ottobre 2012)

Reato – Cause di giustificazione – Uso legittimo delle armi – Fuga dei malviventi – Configurabilità della scriminate – Condizioni – Fattispecie

La scriminante dell'uso legittimo delle armi è configurabile anche quando l'attività dell'agente è posta in essere nel corso della fuga dei malviventi, purché detta fuga non sia finalizzata esclusivamente alla conservazione dello stato di libertà ma, per le sue modalità, determini l'insorgere di pericoli per l'incolumità di terzi (Nella fattispecie è stata riconosciuta la scriminate, giacché i malviventi, nel corso della fuga, avevano continuato ad esplodere colpi d'arma da fuoco nonché preso in ostaggio tre persone).

Cass., sez. 4, sentenza 22 maggio 2014, n. 6719
(dep. 16 febbraio 2015) Rv. 262237
Pres. Zecca, Est. Esposito, Imp. P.C.,
P.G. in proc. Pillitu, P.M. Galli (Diff.)
(Rigetta, App. Cagliari, 11 ottobre 2012)

**Reo – Concorso di persone nel reato – In genere –
Concorso morale – Forme di manifestazione e prova
– Obblighi del giudice di merito – Individuazione
– Fattispecie**

In tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziata la motivazione della sentenza per non aver il giudice di merito indicato gli elementi fattuali dai quali far discendere la prova che l'imputato fosse il mandante di un omicidio).

Cass. sez. 1, sentenza 28 novembre 2014, n. 7643
(dep. 19 febbraio 2015) Rv. 262310
Pres. Cortese, Est. Centonze, Imp. Villacaro e altro,
P.M. Iacoviello FM. (Parz. Diff.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Salerno,
10 febbraio 2014)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Singole misure – Sorveglianza speciale – Detenzione sopravvenuta del sottoposto – Sospensione della misura – Successiva scarcerazione – Ripristino della misura – Condizioni – Conseguenze – Fattispecie

Qualora, in epoca successiva all'adozione di misura di prevenzione personale, il sottoposto sia stato detenuto per un periodo di tempo idoneo ad incidere sullo stato di pericolosità sociale in precedenza accertato, la efficacia del provvedimento applicativo della misura resta sospesa anche dopo la scarcerazione, fino a quando il giudice non valuta nuovamente l'attualità della pericolosità sociale del soggetto. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata che aveva condannato l'imputato per il delitto di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 159 del 2011 per aver commesso, dopo essere stato scarcerato, la contravvenzione prevista dall'art. 116 C.d.S., sul presupposto che la efficacia della misura di prevenzione fosse automaticamente ripresa dopo la detenzione, rilevando la necessità di accertare se la durata di quest'ultima imponesse o meno un nuovo esame circa l'attualità dello stato di pericolosità del soggetto). (Vedi Corte cost. n. 291 del 2013).

Cass., sez. 1, sentenza 5 dicembre 2014, n. 6878
(dep. 17 febbraio 2015) Rv. 262311
Pres. Siotto, Est. Bonito, Imp. Villani,
P.M. Galli (Conf.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Salerno,
24 febbraio 2014)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Abuso di ufficio: elementi costitutivi – Violazione di legge – Caratteristiche

(art. 323 c.p.)

Il delitto di abuso d'ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno "svolgimento della funzione o del servizio" che oltrepassi ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio; tuttavia, deve escludersi la sussistenza del reato qualora si sia in presenza di un quadro normativo disorganico e suscettibile di contrapposte letture interpretative, che impedisca di individuare con certezza una condotta violativa del contenuto precettivo di una precisa disposizione di legge o di regolamento. Il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 della Costituzione, nella parte immediatamente precettiva, che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni. (cfr. Sez. 6, Sentenza n. 32237 del 13/03/2014 ud. dep. 21/07/2014 Rv. 260428). In altri termini, l'indebito vantaggio del privato beneficiario dell'atto deve essere stato l'assoluta ed esclusiva ragione dell'atto amministrativo illegittimo posto in essere dal pubblico ufficiale, con la consapevole mancata considerazione di quegli interessi pubblici, propri dell'amministrazione di appartenenza, che devono stare, invece, alla base dell'agire del pubblico funzionario.

Tribunale di Napoli, sez. I
sentenza 13 gennaio 2015, n. 401
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Abuso di ufficio: elemento soggettivo – Dolo intenzionale – Indebito vantaggio privato

(art. 323 c.p.)

Quanto all'elemento soggettivo, è richiesto il dolo intenzionale nel senso di rappresentazione e la volizione dell'evento come conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente e obiettivo primario da costui per-

seguito. Il dolo intenzionale non è escluso dalla mera compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, essendo necessario, per ritenere insussistente l'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca il fine primario dell'agente. La prova del dolo intenzionale non richiede l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, perché l'intenzionalità del vantaggio ben può prescindere dalla volontà di favorire specificamente quel privato interessato alla singola vicenda amministrativa. Nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p., la realizzazione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale diviene, in buona sostanza, momento consumativo del reato che assume pertanto i connotati di reato di evento o di danno ed il Giudice è tenuto a verificare sia l'illegittimità in sé della condotta sia l'ingiustizia dell'atto. L'uso da parte del legislatore dell'avverbio «intenzionalmente» per qualificare il dolo comporta che sono punibili solo gli atti amministrativi illegittimi che, in concreto, risultino avere determinato la lesione dell'interesse tutelato dalla norma.

Sul "dolo intenzionale", la Suprema Corte di legittimità ne ha ribadito l'insussistenza laddove l'agente, pur nella consapevolezza dell'illegittimità del proprio agire e dell'ingiusto vantaggio patrimoniale di natura privata in tal modo determinato, abbia inteso comunque perseguire la soddisfazione di un interesse pubblico «di preminente rilievo» attribuito alla sua competenza. In tal caso, il «favoritismo privato», per la concomitanza con il fine pubblico concorrentemente perseguito, risulterebbe «degradato» a elemento privo di valenza penale e l'evento tipico del reato si configura come una conseguenza accessoria e defilata della condotta dell'agente che persegue in via primaria l'obiettivo pubblico. In altri termini, l'indebito vantaggio del privato beneficiario dell'atto deve essere stato l'assoluta ed esclusiva ragione dell'atto amministrativo illegittimo posto in essere dal pubblico ufficiale, con la consapevole mancata considerazione di quegli interessi pubblici, propri dell'amministrazione di appartenenza, che devono stare, invece, alla base dell'agire del pubblico funzionario.

Tribunale di Napoli, sez. I
sentenza 13 gennaio 2015, n. 401
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Concorso di persona nel reato: contributo – Caratteristiche

(art. 110 c.p.)

Ai fini della sussistenza del concorso di persona nel reato deve ritenersi sufficiente l'arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti, idoneo, in sostanza a facilitare l'esecuzione del reato o anche ad aumentare la possibilità della sua perpetrazione.

Tribunale Nola, coll. B)

sentenza 18 febbraio 2015, n. 585

Pres. Est. Critelli

Estorsione – esercizio arbitrario delle proprie ragioni: preteso diritto – Accertamento – Criteri

(art. 629 – 393 c.p.)

In caso di contestazione del delitto di estorsione, qualora l'imputato eccepisca di aver agito al fine di esercitare un preteso diritto, l'accertamento dell'elemento psicologico impone il previo esame della pretesa vantata dall'agente, onde verificare se essa presenti i requisiti dell'effettività e della concretezza che la rendono azionabile in giudizio. Ne consegue che qualora il preteso diritto non sia tutelabile dinanzi all'autorità giudiziaria, il comportamento andrà qualificato come estorsione, non perché l'agente abbia esercitato una violenza o minaccia particolarmente grave, ma a cagione del difetto di uno dei requisiti materiali del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Tribunale Nola, coll. B)

sentenza 7 gennaio 2015, n. 17

Pres. Crietli, Est. Bardi

Estorsione: elemento soggettivo – Caratteristiche

(art. 629 c.p.)

Quanto all'elemento psicologico del reato, il delitto di estorsione è caratterizzato per opinione pressoché unanime in giurisprudenza, dalla volontà e consapevolezza, da parte dell'agente, di usare la violenza, fisica o morale, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto che si sa essere ingiusto, con necessaria estensione del dolo, quindi, all'ingiustizia del profitto, che costituisce uno degli elementi materiali del reato.

Tribunale Nola, coll. C)

sentenza 12 gennaio 2015, n. 62

Pres. Di Iorio, Est. Bardi

Esercizio arbitrario delle proprie ragioni: soggetto attivo – Caratteristiche

(art. 393 c.p.)

Soggetto attivo del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose può essere anche chi esercita il preteso diritto pur non avendone la titolarità, in quanto, ai fini della configurabilità del delitto, rileva che l'agente si comporti come se fosse il titolare della situazione giuridica e ne eserciti le tipiche facoltà.

Tribunale Nola, coll. B)

sentenza 7 gennaio 2015, n. 17

Pres. Crietli, Est. Bardi

Estorsione: aggravante del metodo mafioso – Caratteristiche

(art. 629 c.p. – art. 7 l. 203/91)

In tema di tentata estorsione, integra la circostanza aggravante prevista dall'art. 7 l. 203/91, la condotta di colui che, pur se estraneo ad organizzazioni criminali, chiede la dazione di somme di denaro con tipica metodologia mafiosa attraverso l'allusione ad esigenze di altri non ben precisati soggetti, facendo riferimento all'esistenza di amici in comune, a regali da fare ed alla necessità per le persone offese di mettersi a posto per le festività pasquali e natalizie.

Tribunale Nola, coll. C)

sentenza 12 gennaio 2015, n. 62

Pres. Di Iorio, Est. Bardi

Malversazione: elementi costitutivi

(art. 316-bis c.p.)

Ai fini della configurabilità dell'elemento materiale del delitto di cui all'art. 316 bis, si richiede una distrazione – anche parziale – delle somme ottenute dalla finalità dell'elargizione, in quanto il reato è integrato dalla condotta di chi soggetto estraneo alla p.o., ottenuto un finanziamento o un contributo o una sovvenzione da parte dello Stato o da altro ente pubblico per la realizzazione di una determinata finalità pubblica, distraetta, anche in parte, la somma ottenuta dalla predetta finalità, violando il vincolo di destinazione della sovvenzione: la norma incriminatrice, quindi, è volta a tutelare non il momento precettivo dell'erogazione pubblica, come accade nel reato di cui all'art. 640-bis co, ma quello della fase esecutiva di tale erogazione.

Tribunale Nola, coll. B)

sentenza 25 febbraio 2015, n. 612

Pres. Critelli, Est. Tirone

Rapina impropria: condotta – Caratteristiche

(art. 628 c.p.)

La rapina impropria concreta una fattispecie criminosa complessa di cui costituisce elemento indefettibile un'azione violenta successiva alla condotta di sottrazione; essa è integrata anche quando la reazione aggressiva venga posta in essere successivamente alla sottrazione e sia ancora in corso l'assicurazione dell'impossessamento della cosa sottratta o in via di svolgimento la reazione difensiva privata o repressiva pubblica e sussiste il collegamento di detta reazione con la finalità dell'assicurazione dell'impossessamento della cosa, ovvero dell'impunità.

Tribunale Nola, coll. B)

sentenza 18 febbraio 2015, n. 586

Pres. Critelli, Est. Tirone

Rapina impropria: vigilanza della p.o. – Configurabilità del tentativo

(art. 56, 628 c.p.)

Ricorre la rapina impropria nella forma del tentativo laddove l'imputato dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco a sottrarre la cosa mobile altrui a chi la detiene, non vi riesce per la costante vigilanza della persona offesa e/o di un suo delegato, adoperando violenza e minaccia per procurarsi l'impunità. Tale modalità di azione furtiva è stata recentemente esaminata dalla sentenza 17/7/14 con cui la S.C. a sez. un. ha stabilito il principio secondo cui deve qualificarsi come furto tentato e non consumato, la condotta di sottrazione di merce dai banchi di vendita di un supermercato, avvenuta sotto il costante controllo del personale di vigilanza, anche nel caso in cui l'autore sia fermato dopo il superamento delle casse senza aver pagato la merce prelevata.

Tribunale Nola, coll. B)

sentenza 18 febbraio 2015, n. 586

Pres. Critelli, Est. Tirone

Rapina: aggravante delle più persone riunite – Presupposti

(art. 628 c. 3 n.1 n. c.p.)

Per la configurabilità di tale aggravante è richiesta la simultanea presenza sul luogo del delitto di più soggetti, anche se la persona offesa non ne abbia effettivamente percepito la presenza. Invero, in tema di rapina, la circostanza aggravante speciale delle più persone riunite richiede la simultanea presenza di non meno di due persone nel luogo ed al momento di realizzazione della violenza o della minaccia, a nulla rilevando che la persona offesa non abbia percepito la presenza anche di un secondo soggetto. Sussiste detta aggravante nel caso in cui il rapinatore scappi a bordo di un'auto che lo attendeva nelle vicinanze, guidata da un suo complice di cui non era riuscita a vedere il volto. In tal caso, la presenza del secondo soggetto, seppur non abbia costui partecipato attivamente alla rapina, è stata ad ogni modo percepita dalla vittima che lo ha visto a bordo dell'auto su cui è salito l'autore della rapina, con ulteriore indebolimento della sua capacità di resistenza avendo il secondo soggetto aiutato il primo a scappare velocemente dal luogo della rapina.

Tribunale Nola, coll. A)

sentenza 18 febbraio 2015, n. 522

Pres. Imparato, Est. Capasso

PROCEDURA PENALE

Cause di estinzione del reato: assoluzione – Prevalenza – Criteri

(art. 129 c.p.p.)

In presenza di una causa di estinzione del reato, il Giudice è legittimato a pronunciare una sentenza di assoluzione nel merito ai sensi del c. 2 dell'art. 129 c.p.p., solo laddove le circostanze idonee ad escludere l'esistenza

del fatto, la sua non rilevanza penale o la commissione del medesimo da parte dell'imputato, emergano dagli atti in termini assolutamente incontrovertibili ed indiscutibili così da determinare una situazione nella quale la valutazione del giudice è legata ad una constatazione piuttosto che ad un apprezzamento, il quale impone la necessità di un accertamento o di un approfondimento. Si è precisato che la formula di proscioglimento nel merito prevale sulla causa d'improcedibilità per intervenuta prescrizione solo nel caso in cui sia rilevabile come una mera attività ricognitiva, l'assoluta assenza di prova circa la colpevolezza dell'imputato ovvero la prova assoluta dell'innocenza dell'imputato medesimo e non anche, invece, nel caso di mera contraddittorietà o insufficienza della prova che impone invece un apprezzamento ponderato fra opposte risultanze.

Tribunale Santa Maria C.V.

sentenza 9 gennaio 2015, n. 28

Pres. Est. Rossi

Competenza per territorio: reati di cui all'art. 51 c. 3-bis – Rilevabilità – Limiti

(art. 23 c.p.p.)

La Corte Costituzionale richiamando le proprie decisioni con le quali fu dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 23 e 24 c.p.p., per violazione dell'art. 24 Cost, nella parte in cui dette disposizioni prevedevano, in caso di dichiarazione di incompetenza, la trasmissione degli atti al giudice competente anziché al PM presso quest'ultimo, in quanto l'imputato non veniva posto in condizione di esercitare nell'udienza preliminare le facoltà connesse al proprio diritto di difesa (accesso al rito abbreviato davanti al giudice naturale) - ha rilevato che la medesima esigenza non ricorre in caso di procedimento per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p. In tali procedimenti, infatti la competenza territoriale infradistrettuale acquista rilievo solo nella fase del dibattimento, mentre nelle fasi delle indagini e dell'udienza preliminare l'ufficio titolare dell'azione penale è unico per l'intero distretto e uno solo è il giudice territorialmente competente a celebrare l'udienza preliminare. La Consulta ha quindi concluso, proprio con riferimento al caso della ritenuta incompetenza per territorio, che la ratio decidendi della sentenza n. 70/96 può riferirsi ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p., solo ove sia messa in discussione la stessa competenza distrettuale, cioè nell'ipotesi in cui venga ritenuto competente un giudice dell'udienza preliminare di altro distretto» e che la portata di tale decisione trova un limite nelle situazioni in cui l'imputato non è stato sottratto al proprio giudice naturale.

Tribunale Santa Maria C.V.

sentenza 29 gennaio 2015, n. 465

Pres. Est. Guglielmo

Prove: registrazione fonografica colloquio tra presenti – Utilizzabilità – Limiti

(art. 191 c.p.p.)

Non è riconducibile alla nozione di intercettazione la registrazione fonografica di un colloquio svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, operata, sebbene clandestinamente, da un soggetto che ne sia partecipe o comunque, sia ammesso ad assistervi, costituendo, invece, una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova. In altri termini, la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, è prova documentale pienamente utilizzabile quantunque effettuata dietro suggerimento o su incarico della p.g., trattandosi, in ogni caso, di registrazione operata da persona protagonista della conversazione, estranea agli apparati investigativi e pienamente legittimata a rendere testimonianza nel processo.

Tribunale Nola, coll. D)

sentenza 12 gennaio, 2015, n. 63

Pres. Minauro, Est. Perpetua

Valutazione della prova: dichiarazioni precedentemente rese – Contestazioni – Utilizzazione – Limiti

(art. 500 c.p.p.)

La norma rappresenta diretta attuazione dell'art. 111 c. 5 Cost., il quale prefigura una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio per effetto di provata condotta illecita, formula nella quale è da escludere che, rientri, oltre alle condotte illecite poste in essere sul dichiarante (quali la violenza minaccia o subornazione) anche quelle realizzate dal dichiarante stesso (quale in primis la falsa testimonianza, anche nella forma della reticenza). Come ha chiarito la Corte Costituzionale, la condotta illecita reca impedimento all'esplicazione del contraddittorio, inteso come metodo di formazione della prova, mentre l'autonoma scelta del teste di dichiarare il falso in dibattimento (come pure di tacere) non incide, di per sé, sulla lineare esplicazione di esso. La stessa Corte Costituzionale ha ribadito la portata della norma con l'ordinanza 518 del 2002, ribadendo che l'art. 111 c. 5 Cost. nel prefigurare una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio per effetto di provata condotta illecita, abbia intesa riferirsi alle sole condotte illecite poste in essere in danno del dichiarante e non anche quelle realizzate dal dichiarante medesimo in occasione dell'esame in contraddittorio. Le ipotesi di subornazione o minaccia del teste e quella di falsa testimonianza e volontario mendacio sono del tutto eterogenee e non assimilabili tra loro e non possono dare adito a prospettazione di violazioni di regole di uguaglianza costituzionalmente garantite. I limiti probatori relativi alle dichiarazioni lette per le contestazioni costituiscono il frutto di una precisa scelta del legislatore in attuazione dei principi sanciti dall'art. 111 Cost., limiti che non possono essere superati ed este-

si da interpretazioni giurisdizionali in contrasto con i principi che regolano la formazione della prova nel dibattimento e dall'espresso dettato dell'art. 500 cpp. Si deve pertanto ribadire che le dichiarazioni mendaci, in difetto di prova di atti di violenza o minaccia al testimone, non possono dar luogo al recupero di quanto in precedenza dichiarato, né fondare su tale acquisizione un giudizio di condanna.

Tribunale Nola coll B)

sentenza 7 gennaio 2015, n. 18

Pres. Est. Critelli

LEGGI PENALI SPECIALI

Armi: detenzione – Nozione

(art. 10 l. 497/74)

Per la configurazione del delitto di detenzione abusiva di arma comune da sparo, secondo costante giurisprudenza è necessaria una relazione stabile del soggetto con la cosa, in quanto il concetto di detenzione per sua natura implica un minimo di permanenza del rapporto materiale tra detentore ed oggetto detenuto ed un minimo apprezzabile di autonoma disponibilità del bene da parte dell'agente.

Tribunale Nola, coll B)

sentenza 10 marzo 2015, n. 779

Pres. Critelli, Est. Capasso

Armi: clandestinità – Caratteristiche

(l. 110/75)

Ai sensi dell'art. 11 l. 110/75 la mancanza del numero di matricola della pistola rende l'arma prodotta in Italia clandestina, sia che questo manchi ab origine, sia che sia stato successivamente cancellato, con sussistenza del delitto di detenzione di arma clandestina.

Tribunale Nola, coll B)

sentenza 10 marzo 2015, n. 779

Pres. Critelli, Est. Capasso

Armi: arma comune da sparo – Arma clandestina – Detenzione – Concorso

(l. 110/75)

Per quanto concerne i rapporti tra il reato di detenzione di arma comune da sparo e quello di detenzione di arma clandestina, va chiarito al riguardo che essi concorrono tra di loro senza assorbimento del meno grave nel più grave, come confermato anche dalla S.C. secondo la quale non vi può essere assorbimento dei reati di detenzione e porto di arma comune da sparo in quelli di detenzione e porto di arma clandestina essendo diversi sia la condotta dell'agente che l'interesse protetto dalle rispettive norme incriminatrici.

Tribunale Nola, coll B)

sentenza 10 marzo 2015, n. 779,

Critelli pres., Capasso est.

Bancarotta fraudolenta: elementi costitutivi

(art. 216 l.f.)

In tema di reati fallimentari, integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione la concessione di un'ipoteca senza un sinallagma rispondente al fine istituzionale dell'impresa, in quanto essa realizza di per sè ed automaticamente una diminuzione patrimoniale; inoltre, poiché ai fini della configurabilità del reato è postulato il dolo generico, la divergenza oggettiva dell'atto di disposizione dal fine suddetto dà sufficientemente conto della direzione del volere dell'agente, essendo del tutto irrilevanti i motivi che hanno determinato il suo comportamento. Inoltre, l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, nè lo scopo di recare pregiudizio ai creditori essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte.

Tribunale Nola, coll. A)

sentenza 18 marzo 2015, n. 71

Pres. Imparato, Est. Capasso

Reati fallimentari: pluralità di condotte tipiche – Concorso di reati – Previsione e limiti

(art. 219 l.f.)

In tema di reati fallimentari, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219 c. 2 n. 1 l.f., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale una circostanza aggravante ma detta per i reati fallimentari, una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 c.p.

Tribunale Nola, coll. A)

sentenza 18 marzo 2015, n. 71

Pres. Imparato, Est. Capasso

Diritto amministrativo

IL FERMO AMMINISTRATIVO DEI BENI MOBILI REGISTRATI NELLA DINAMICA TRA AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E CITTADINO PRIVATO	152
di Assunta Baratta	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.</i>)	167
di Almerina Bove	



Il fermo amministrativo dei beni mobili registrati nella dinamica tra amministrazione pubblica e cittadino privato

abstract

The administrative holding in custody represents a sanction – issue that is inflicted dangerously by Public Administrations that want to deter private citizen from going on with a defaulting behavior in the face of public credit. The degradation of basic rights and the results full of prejudices, like consequences from application of illegitimate holding in custody, change this kind of sanction in an exemplification of unequal dialogue – statement between Public Administrations and private citizen.

keywords

Administrative holding in custody.

abstract

Il fermo amministrativo rappresenta un istituto di natura afflittiva pericolosamente posto nelle mani delle Amministrazioni che intendono dissuadere il privato dal prosieguo della sua condotta inadempiente, a fronte di una pretesa creditoria di natura pubblicistica. La compromissione di diritti fondamentali e l'esito pregiudizievole derivante da applicazioni di fermo illegittime rendono tale fattispecie l'esemplificazione di un rapporto dialogico impari quale quello tra l'Amministrazione pubblica e il cittadino privato.

parole chiave

Il fermo amministrativo.

sommario

Premessa. – **1.** La disciplina legale del fermo amministrativo. – **2.** Il preavviso di fermo. – **3.** Ulteriori modelli tipici. – **4.** Natura giuridica e giurisdizione. – **5.** Profili processuali e applicazione della *traslatio iudicii*. – **6.** Conclusioni.

Premessa

La disomogeneità e la complessità del fermo amministrativo ex art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 si palesano in via immediata già dal germe del suo percorso evolutivo sul quale si riflette, a ben vedere, la dinamica del rapporto amministrazione pubblica - cittadino privato. Tale quadro analitico appare corredato da una normazione a dir poco lacunosa, sulla quale sono sorte numerose *querelle* in dottrina e giu-

risprudenza, non sopite neanche dai recenti saggi di legificazione¹. Con il presente scritto si è inteso offrire al Lettore una prospettazione dell'istituto del fermo amministrativo più completa possibile, cercando di non influenzare le personali conclusioni di chi legge² e rispettando i limiti connaturati alla redazione di un articolo.

1. La disciplina legale del fermo amministrativo

Il fermo amministrativo dei beni mobili registrati rappresenta sin dalla genesi dell'istituto una misura coercitiva³ esprimibile attraverso un atto unilaterale⁴ recettizio, misura irrogabile in ipotesi di mancato pagamento, ad opera del contribuente, di contributi speciali, imposte e tasse, giusto quanto previsto dall'art. 18 d.lgs. n. 46 del 1999⁵, contributi dovuti allo Stato o agli enti locali, derivanti dall'apprestamento di servizi o da apposite leggi che legittimino l'imposizione tributaria. Con la presente misura viene assicurato il blocco del veicolo, con preferenza, per ovvi motivi, dei beni mobili registrati in particolare l'automezzo, di proprietà di colui il quale non corrisponda l'importo dei tributi dovuti all'amministrazione pubblica, evidentemente compulsandolo al pagamento⁶. Oggi si può affermare che la situazione giuridica lesa da tale provvedimento è una situazione di diritto soggettivo, in quanto è indubbia la circostanza che il fermo amministrativo incida sul diritto di proprietà del veicolo e sulla facoltà di godimento e di disposizione del bene,

¹ BUFFONE, *Fermo amministrativo*, in *Officina del diritto*, Giuffrè Editore, Torino, 2011, Capitolo I, pp. 5-8; LUME, *L'opposizione ad ordinanza ingiunzione amministrativa*, Utet giuridica, Torino, 2009, Cap. XII, p. 218.

² BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, Padova, 2009, *Introduzione*, p. 4.

³ CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, in *Fatto e diritto*, diretta da CENDON, Giuffrè Editore, Torino, 2007, Capitolo I, p. 3.

⁴ Rientra in senso lato nel concetto generale degli atti ablatori «quelli con cui il pubblico potere per un vantaggio della collettività sacrifica un interesse ad un bene della vita di un privato cittadino» (Giannini).

⁵ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa in Contenzioso Tributario*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, Capitolo III, p. 86.

⁶ BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 26; CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., p. 24.

un vincolo posto allo *ius utendi ac fruendi* dell'auto-mezzo, attesa la garanzia per l'Amministrazione dell'inefficacia degli atti di disposizione⁷ successivi all'iscrizione. C'è da dire, inoltre, che la misura in esame incide sul diritto soggettivo del proprietario del bene sottoposto a fermo con effetti sulla sfera di diritti costituzionalmente tutelati, quali il diritto al lavoro, diritto al movimento e alla libera iniziativa economica⁸. Tuttavia, si evidenzia in materia che il fermo non comprometterebbe la possibilità di alienare il bene bloccato, anche se esso sia vincolato per il soddisfacimento del credito erariale⁹. Ad ogni buon conto, se il mezzo viene posto in circolazione, pur essendo sottoposto a fermo, se ne prescriverà l'immediata confisca qualora le forze dell'ordine sorprendano il proprietario o il conducente alla guida del mezzo, con la condanna del medesimo contribuente ad una sanzione pecuniaria¹⁰ (l'importo della sanzione varia da un minimo di 776 euro ad un massimo di 3.111 euro)¹¹. Al riguardo si precisa che, come chiarificato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 44498 del 19 novembre 2009¹², l'utilizzo di un mezzo sottoposto a fermo non integra alcuna fattispecie delittuosa, attesa l'impossibilità di effettuare alcuna assimilazione tra tale violazione ed il reato di sottrazione di cose sottoposte a sequestro disposto dall'autorità amministrativa ai sensi dell'art. 334 c.p.

⁷ CONFENTE - GRIMALDI, *La nuova riscossione dei tributi dopo il decreto sviluppo e la manovra finanziaria 2011*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2011, cap. VI, p. 141; CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., pp. 25, 26; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., pp. 91-92.

⁸ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, in *L'attualità del diritto*, coordinata da CASSANO, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009, Parte I, p. 85.

⁹ Ciò significa che se non è pagato il debito che ha dato origine alla procedura, l'agente della riscossione può sottoporre a pignoramento il bene fermato e venderlo all'asta, anche se nel frattempo l'auto è passata in proprietà ad un terzo a seguito di vendita. Il terzo, a ben vedere, potrà avanzare le azioni normativamente previste, quali quelle di nullità o di annullamento, azione contrattuale e azione di risoluzione, nonché azioni di risarcimento del danno convenendo in giudizio il venditore. Divergente è la problematica afferente il caso in cui la vendita si perfezioni anteriormente alla comunicazione di iscrizione al P.R.A. o in assenza della comunicazione. Nel primo caso dovrà applicarsi la regola del *prior in tempore potior in iure* e, quindi, prevarrà l'acquisto del terzo e la P.A. sarà costretta a recuperare il credito diversamente. Nel secondo caso si dubita se possa prevalere l'acquisto del terzo, anche se il proprietario non abbia ricevuto la prescritta comunicazione, purché l'effettiva iscrizione sia anteriore alla trascrizione dell'atto di acquisto del compratore. Al riguardo occorre rammentare che la comunicazione dell'iscrizione rende impugnabile il fermo con richiesta di rimessione nei termini, ma non impedisce né il perfezionamento giuridico del vincolo sull'autoveicolo, né l'ossequio del principio temporale di prevalenza dell'acquisto del diritto (CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 70).

¹⁰ CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., p. 27.

¹¹ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 34.

¹² In *www.altalex.com*.

Inoltre, a livello operativo-procedurale, il fermo in sé può essere avanzato solo quando si dimostri il mezzo più efficace allo scopo¹³, direttamente dai titolari degli Uffici centrali, oppure ove sia ritenuto opportuno, dai titolari degli Uffici periferici, rivestenti qualifica dirigenziale preferibilmente con competenza territoriale non inferiore a quella provinciale quali ad es. le Direzioni Regionali delle Entrate, le Prefetture, i Provveditorati Regionali alle Opere Pubbliche, ecc.

Per quanto concerne poi la tematica afferente la disciplina legale, l'assenza di disposizioni regolatrici della materia, anteriormente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 602 del 1973, ha costretto l'amministrazione e gli enti pubblici ad adoperare gli strumenti offerti dal codice di procedura civile, ovvero l'espropriazione forzata, oppure ad avvalersi dell'esecuzione esattoriale, vale a dire un'espropriazione forzata c.d. a mezzo ruolo¹⁴, che si dispiega attraverso la preventiva notificazione della cartella di pagamento, con successiva forzosa iscrizione a ruolo (d.P.R. n. 602 del 1973; d.lgs. n. 46 del 1999 e n. 112 del 1999) del tributo, quale atto prodromico all'esecuzione stessa¹⁵, senza che occorra la notificazione dell'atto di precetto. L'inidoneità di tali disposizioni di tutela ai fini del recupero dei crediti ha compulsato il legislatore ad addivenire alla creazione

¹³ BRANDOLINI, *Il fermo amministrativo*, cit., p. 10; T.a.r. Lazio, sez. III, 14 marzo 1990 n. 410, in *TAR*, 1990, I, 1373;

¹⁴ Con il termine di iscrizione a ruolo si designa generalmente l'atto in base al quale viene inserito all'interno del ruolo tributario (ruolo ordinario o un ruolo speciale), la descrizione analitica della pretesa di pagamento, comprendente il nominativo del soggetto debitore, gli estremi dell'accertamento, la tipologia del tributo preteso, gli eventuali interessi da richiedere al privato (per spese o per mora), nonché tutto ciò che possa meglio servire ad identificare il contenuto dell'obbligazione tributaria e, di rimando, la prestazione che la P.A. è in grado di esigere dal destinatario della pretesa patrimoniale unilateralmente venutasi a formare. La formazione del ruolo è riservata solo ed esclusivamente ad un soggetto qualificato rappresentato dal concessionario del servizio di riscossione tributi (c.d. esattore). Per quanto concerne le entrate riscosse a mezzo ruolo l'art. 17 dlgs. n. 46 del 1999 stabilisce, tra l'altro, che "può essere effettuata mediante ruolo affidato ai concessionari la riscossione coattiva delle entrate delle regioni delle province anche autonome dei comuni e degli altri enti locali; inoltre comma 3 di tal disposizione stabilisce che continua ad effettuarsi mediante ruolo la riscossione delle entrate già riscosse con tale sistema in base alle disposizioni vigenti" (CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., pp. 39-40).

¹⁵ CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., pp. 10-40; ulteriore strumento utilizzabile dalle Amministrazioni per procedere alla riscossione e coattiva delle entrate degli enti locali, tributarie e patrimoniali, è rappresentato dall'ingiunzione fiscale disciplinata dal R.D. n. 639 del 1910, caduta in disuso successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 43 del 1988 e recentemente ripristinata dall'art. 52 d.lgs. n. 446 del 1997. Allo stato attuale essa si concreta in uno strumento generalizzato ed alternativo di riscossione essendo rimessa all'amministrazione procedente la scelta tra iscrizione a ruolo e ingiunzione (AA.Vv., *I danni cagionati dallo Stato, dalla Pubblica Amministrazione e dal Fisco*, in *Tractatus dei danni*, a cura di VIOLA, Halley Editore, 2008, p. 463); CONFENTE - GRIMALDI, *La nuova riscossione dei tributi dopo il decreto sviluppo e la manovra finanziaria 2011*, cit., p. 140.

di un nuovo strumento di coazione del debito. Invero, la disciplina normativa afferente l'istituto in esame è rinvenibile nell'art. 86 del d.P.R. n. 602 del 1973, così come riscritta dall'art. 16 del d.lgs. n. 46 del 1999 (recante "Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo a norma dell'art. 1 della l. n. 337 del 1998")¹⁶ che ha rimpiazzato tutto il titolo II del citato d.P.R. n. 602. In particolare veniva previsto che nell'accertata impossibilità di eseguire il pignoramento perché materialmente non era stato possibile reperire il bene mobile registrato (veicoli a motore e autoscafi di proprietà del contribuente iscritti nei pubblici registri¹⁷), la direzione regionale delle entrate del tempo ne poteva disporre il fermo. Si chiarificava la natura del fermo in tale quadro normativo quale "misura cautelare provvisoria con effetti (indiretti) di conservazione della garanzia patrimoniale del credito tributario"¹⁸.

La disciplina viene poi ritoccata dall'art. 1 comma 2 lett. q) del d.lgs. n. 193 del 2001¹⁹ che ha riscritto il comma 1 dell'art. 86²⁰, traslando il potere di disporre la misura in esame dall'ufficio Finanziario al Concessionario, conferendo al medesimo valutazioni di ordine discrezionale, attesa l'assenza di un previo verbale di pignoramento negativo come, invece, previsto in precedenza, basando la valutazione *de qua* unicamente sul mancato pagamento dei carichi iscritti a ruolo nei termini di cui all'art. 50 comma 1²¹. Il medesimo Concessionario può, infatti, congelare il veicolo iscritto in pubblici registri al fine del suo pignoramento, per la successiva vendita in sede di esecuzione forzata, a meno che il contribuente non provveda ad estinguere il proprio debito, così come accertato nella cartella

¹⁶ Con il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 è stato inserito nel citato d.p.r. n. 602 l'art. 91 bis che al comma 1 recitava: «Qualora in sede di riscossione coattiva di crediti iscritti a ruolo non sia possibile per mancato reperimento del bene eseguire il pignoramento dei veicoli a motore e degli autoscafi di proprietà del contribuente iscritti nei pubblici registri, la direzione regionale delle entrate ne dispone il fermo»; CAFARO, *Opposizioni alle cartelle esattoriali ed al fermo amministrativo – Le ragioni della giurisprudenza e la casistica dell'accoglimento – Controversie e soluzione* a cura di CASSANO, Camerino, 2006, capitolo II, p. 42; FRANCO, *Il fermo amministrativo dei veicoli a motore nella normativa sulla riscossione*, in *Foro amministrativo*, TAR, 2003, Capitolo VI, p. 205.

¹⁷ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 35 - 36.

¹⁸ BRANDOLINI, *Il fermo amministrativo*, cit., p. 14.

¹⁹ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, in *Contenzioso Tributario*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, Capitolo III, p. 92.

²⁰ «Decorso inutilmente il termine di cui all'art. 50 comma 1 (sessanta giorni dalla notificazione della cartella di pagamento) il concessionario può disporre il fermo dei beni mobili del debitore o dei coobbligati iscritti in pubblici registri, dandone notizia alla direzione regionale delle entrate ed alla regione di residenza».

²¹ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 85; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 36; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 87.

esattoriale in precedenza notificatagli. L'ipotesi legale di fermo, dunque, appare ceteriore rispetto alla notifica della cartella di pagamento e prodromica al buon esito del futuro ed eventuale procedimento di esecuzione forzata²². Come ritenuto da più fronti, tuttavia, la innovata disciplina più che migliorativa si è rivelata decisamente lacunosa e foriera di uno smisurato contenzioso, ad onta del tentativo di conferire una maggiore organicità alla materia nell'individuazione delle leggi applicabili²³.

Importante è anche la legge n. 248 del 2005 relativa alle "misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria" che ha soppresso il sistema di affidamento in concessione del servizio nazionale di riscossione ed ha attribuito lo stesso direttamente all'Agenzia delle entrate, che svolge oggi tale compito mediante la società "Riscossione S.p.A."²⁴. Inoltre, l'art. 3, al comma 41, del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito nella legge n. 248 del 2005, statuisce che il fermo, fino all'emanazione del decreto previsto dal comma 4 dell'art. 86 del citato d.P.R. n. 602 del 1973, può essere eseguito dal concessionario sui veicoli a motore nel rispetto delle disposizioni contenute nel d.m. del 7 settembre n. 503 del 1998²⁵. Con tale riforma è venuto meno, inoltre, il sistema di affidamento in concessione del servizio di riscossione ad organismi diversi dalle Pubbliche Amministrazioni *stricto sensu*²⁶.

Ancora, con la risoluzione del 22 luglio 2004 l'Agenzia delle Entrate ha in via cautelativa e preventiva invitato i concessionari ad astenersi dal fermo portando all'attenzione l'ordinanza n. 3259 del 13 luglio 2004 attraverso la quale il Consiglio di Stato aveva «respinto l'appello proposto dalla medesima Agenzia avverso l'ordinanza di sospensione del Tribunale Amministrativo del Lazio Sez. II n. 3402 del 23 giugno 2004 concernente il fermo amministrativo di beni mobili iscritti in pubblici registri²⁷». In seguito, risolta la problematica afferente la carenza del decreto attuativo, con la risoluzione n. 2/E Roma, 9 gennaio 2006 l'Agenzia delle Entrate ha dato via libera ai concessio-

²² BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 21.

²³ CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., p. 18; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 93.

²⁴ Con la riforma introdotta dall'art. 3 d.l. 203/2005 (convertito in legge n. 248/2005) dal 1° ottobre 2006 le concessionarie della riscossione sono state sostituite da un unico soggetto, denominato Riscossione S.p.A. (ora Equitalia S.p.A.).

²⁵ La disposizione contenuta nel decreto legge n. 203 del 2005, relativa alla possibilità di imposizione del fermo amministrativo, ha efficacia retroattiva, per cui potrà essere applicata a casi precedenti all'entrata in vigore del decreto stesso; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 37-38; CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., p. 18; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 7.

²⁶ CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., pp. 19-20.

²⁷ BUFFONE, *Fermo amministrativo*, cit., pp. 5-8.

nari della riscossione per l'adozione del fermo amministrativo sui beni mobili registrati atteso che, scrive l'agenzia, «sono venute meno le ragioni che avevano indotto la scrivente ad impartire ai concessionari del servizio nazionale della riscossione, con la risoluzione del 22 luglio 2004 n. 92, istruzioni affinché si astenessero temporaneamente dal disporre fermi amministrativi relativamente ai ruoli di questa agenzia»²⁸. L'attuale normativa come modificata dall'art. 52, comma 1, lett. m), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013 n. 98 prevede poi che venga impedito al concessionario della Riscossione di apporre il fermo ad alcuni beni mobili del debitore. A quest'ultimo, infatti, viene concessa la possibilità di dimostrare che il bene mobile è strumentale all'attività dell'attività di impresa o della professione, bloccando la procedura in essere.

Si necessita a questo punto delineare la procedura oggetto di trattazione. Essa si concreta nella richiesta, formulata dal concessionario alla direzione regionale dell'Agenzia delle entrate competente, volta ad ottenere l'indicazione degli estremi del veicolo o dei veicoli di cui il debitore si palesi proprietario. Subito dopo la d.r.e., collegandosi telematicamente con gli uffici del P.R.A. (pubblico registro automobilistico), sedente nella provincia nella quale il debitore è residente o ha il domicilio, identifica i veicoli e ne comunica gli estremi al concessionario della riscossione o direttamente all'ente locale, se non vi si stia delega di funzione nel settore riscossivo. Si procede, quindi, alla notifica della cartella esattoriale²⁹. La medesima consente di rendere edotto il contribuente³⁰ della sua posizione debitoria nei confronti dell'ente impositore a fronte di un credito ritenuto certo, liquido ed esigibile. È nella facoltà del debitore, poi, corrispondere, entro sessanta giorni da tale notifica, il saldo del proprio debito, prima che venga iscritto al P.R.A.³¹ - È preferibile optare per l'obbligo istituzionale di notifica della cartella di pagamento entro il termine massimo di un anno dall'istante in cui si è perfezionato il credito erariale: l'esecuzione forzata, infatti, potrà iniziare entro l'anno dalla notifica della medesima cartella. Dall'altra parte al destinatario è concesso un termine per confutare, se del caso, l'imposizione tributaria, chiedendone l'annullamento o la rettifica od ottenendo lo sgravio del-

la pretesa impositiva che ne è alla base³². Per quanto concerne la legittimazione ad avanzare tali contestazioni essa compete, per vero, al solo proprietario del veicolo sottoposto a fermo, o da chi risulta tale nel P.R.A. Appaiono, dunque, sprovvisti di vevoli poteri al riguardo il possessore, il titolare di un diritto reale e il conducente. L'eccezione a tale assunto riguarderebbe il caso in cui la P.A. indicasse erroneamente come proprietario del veicolo un soggetto diverso: in questo caso sarà il destinatario dell'errata indicazione a poter proporre ricorso. Potrebbe, del pari, accadere che la P.A. stessa intervenga in autotutela annullando gli effetti del fermo nei confronti del non proprietario, notificando, a ben vedere, un nuovo provvedimento contenente gli estremi corretti del titolare del diritto di proprietà, richiedendo a quest'ultimo solo le spese del secondo atto. Se, ad onta del palese errore di valutazione, il non proprietario paghi quanto richiesto, egli avrà il diritto di rivalsa o regresso verso il proprietario³³. Inoltre, come detto poc'anzi, il contribuente ha la possibilità di bloccare la procedura afferente l'istituto in esame comunicando in via anticipata rispetto alla proposizione di istanze processuali, la circostanza secondo cui il bene oggetto del fermo è strumentale all'attività lavorativa.

Ancora, oggetto di riflessione da parte delle sezioni unite della Cassazione (sentenza del 3 luglio 2007 n. 16412)³⁴, in materia di tutela avverso il fermo amministrativo, è stato, altresì, la figura del legittimato passivo, ovvero l'organo avverso il quale proporre ricorso. In particolare ci si è chiesti se le istanze di tutela del contribuente devono rivolgersi nei confronti dell'amministrazione finanziaria o dell'agente della riscossione o nei confronti di entrambi. Orbene, secondo la Suprema Corte l'individuazione del legittimato passivo dipende dalla scelta compiuta dal contribuente nell'impugnare l'avviso di mora, ovvero riguarda la circostanza se il medesimo ha o meno dedotto l'omessa notifica dell'atto presupposto o abbia confutato in via mediata la stessa pretesa tributaria azionata nei suoi confronti. In tale ultima ipotesi è innegabile che la legittimazione passiva spetti all'amministrazione e non all'agente della riscossione, atteso che la P.A. deve annoverarsi in questa materia quale titolare del diritto di credito oggetto di contestazione nel giudizio. Di contro, l'agente della riscossione è un semplice destinatario del pagamento³⁵. Ad ogni buon conto, ove l'azione del contribuente sia rivolta direttamente nei confronti dell'ente creditore, i riflessi dell'esito decisorio coinvolgeranno

²⁸ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 38.

²⁹ Essa deve recare l'indicazione del tributo dovuto, l'anno di riferimento del tributo, il soggetto debitore, la somma da versare il numero identificativo della richiesta impositiva gli eventuali interessi da corrispondere, le spese di notificazione della cartella e infine l'indicazione dell'ente impositore (CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 58).

³⁰ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 49.

³¹ BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 45; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 48.

³² CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., pp. 5-53-54; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 71.

³³ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 108-109.

³⁴ in *www.altalex.com*.

³⁵ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 109-110.

l'agente della riscossione nella sua qualità di *adiectus solutionis causa*. In caso contrario, se il contribuente rivolga le sue contestazioni all'agente di riscossione, il ricorso *de quo* non può essere invalidato unicamente per tale ragione ma l'ente pubblico potrà ugualmente essere coinvolto in giudizio, su iniziativa del privato, attraverso l'istituto processuale della chiamata in causa. Al postutto, potrà dunque invocarsi in giudizio sia l'agente della riscossione che l'ente creditore, a seconda delle motivazioni a sostegno dell'impugnazione stessa³⁶. C'è da dire, inoltre, che l'amministrazione finanziaria, ovvero l'ufficio che ha emesso l'atto, può provvedere *ex se*, a seguito di riesame, ad annullarlo totalmente o parzialmente, o sostituirlo. Sul punto, il Ministero delle Finanze con la circolare n. 198 del 1998 ha chiarificato che qualunque atto viziato può essere annullato d'ufficio anche nel caso in cui siano decorsi i termini per ricorrere ovvero l'atto sia divenuto definitivo, il ricorso sia stato presentato ma respinto con sentenza passata in giudicato per motivi di ordine formale, vi sia pendenza di giudizio; non sia stata prodotta in tal senso alcuna istanza da parte del contribuente. Di tale caducazione, tuttavia, l'amministrazione deve rendere edotto il contribuente, corredando la stessa di adeguate motivazioni e, se del caso, facendo pervenire, altresì, il nuovo atto, sostitutivo del precedente. L'annullamento, perfezionatosi a seguito di istanze di tutela del contribuente o scaturente da un'iniziativa d'ufficio, afferisce in automatico anche a tutti gli eventuali atti successivi a quello esaminato e comporta il rimborso di tutte le somme riscosse a fronte di questi atti³⁷. Per quanto concerne poi le divergenti patologie conducenti alla caducazione degli atti in questione, c'è da dire che, prima dell'entrata in vigore della l. 248/2005/legge finanziaria 2006, in più occasioni gli organi giurisdizionali, sulla base della mancata emanazione del decreto ministeriale evocato dal comma 4 dell'art. 86 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 6092, hanno acclarato la carenza di potere³⁸ nella adozione del provvedimento di fermo amministrativo in capo ai concessionari. Tuttavia, all'indomani dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2006, è venuta meno la possibilità di dedurre tale vizio attesa la previsione *ope legis* del potere del concessionario della riscossione di procedere

all'intimazione e all'iscrizione del fermo³⁹. In ordine, poi, al vizio di incompetenza⁴⁰, esso appare profilarsi allorché l'intimazione o l'iscrizione avvengano per opera di un organo diverso dal concessionario della riscossione o dall'ente impositore. Discutibile è se possa postularsi l'incompetenza a fronte dell'irrogazione del fermo amministrativo da parte dell'ente accertatore, se via stata formale delega di funzioni al concessionario; del pari, controversa è la definizione del quesito se possa dedursi o meno il vizio di incompetenza laddove il concessionario provveda a intimare o a iscrivere il fermo amministrativo in assenza di deleghe formali. Invero, dalla seconda metà del 2007 in poi l'incompetenza, se posta in deduzione, sarà automatica se alla procedura partecipi il concessionario della riscossione e non l'Agenzia delle entrate, alla quale è stato devoluto il potere in merito ai fermi⁴¹. Ancora, si profilano nella prassi anche contestazioni sostenute dalla prospettazione di vizi quali l'eccesso di potere⁴² la cui declinazione più ricorrente è l'irragionevolezza o illogicità. Quest'ultima, per vero, si ravvisa nel caso in cui l'atto impugnato derivi da un esercizio della potestà pubblica irragionevole o illogico, in contrasto con l'ordine precostituito o con i canoni che la società ritiene tollerabili. Ad esempio appare irragionevole per eccesso di potere il fermo amministrativo che, a fronte di un ridotto credito erariale, disponga il blocco di tutti i veicoli posseduti dal debitore. In argomento, a ben vedere, il fermo amministrativo non può essere adottato su un bene di valore notevolmente superiore rispetto al credito che con esso si intenda garantire, soprattutto se si acclara la validità della tesi che considera il fermo amministrativo quale atto di natura cautelare. A fronte di un fermo disposto su un bene di valore superiore rispetto all'ammontare del debito, l'obbligato ben potrà eccepire l'annullamento parziale per irragionevolezza o la sua rettifica. Altra forma di eccesso di potere è rappresentata dallo sviamento di potere, ravvisabile qualora il potere venga esercitato per un fine diverso da quello imposto dalla legge, violando così la regola del vincolo del fine. In argomento lo sviamento di potere emerge quando, per esempio, lo stesso viene intimato sulla scorta di crediti scaduti. Del pari, l'eccesso di po-

³⁹ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 114.

⁴⁰ Si profila il vizio di incompetenza nel caso in cui il provvedimento sia emesso da un organo amministrativo che non ha la potestà di provvedere, spettante per legge ad un altro organo, violandosi così le norme di organizzazione disciplinanti le attribuzioni.

⁴¹ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 114-115.

⁴² L'eccesso di potere è un vizio che ingloba a sé un cattivo uso del potere da parte del soggetto preposto all'emanazione dell'atto. Quest'ultimo, infatti, pur essendo competente ad emettere il provvedimento notificato al destinatario e pur rispettando in astratto il contenuto della norma, incorre in una sorta di "abuso del potere" estremizzando taluni profili contenutistici ed evolutivi dello stesso.

³⁶ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 110.

³⁷ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 113-114.

³⁸ Si ha carenza di potere quando l'organo al quale l'atto risale non è attributario, in tutto o in parte, delle facoltà richieste dalla legge ai fini dell'esercizio del potere. Si pone la distinzione tra carenza di potere in astratto, quando non si rinvergono disposizioni di legge attributive del potere esercitato dall'Amministrazione, e carenza di potere in concreto, ipotizzabile quando l'amministrazione è effettivamente titolare del potere, ma vengono violate quelle disposizioni che regolamentano i limiti all'esercizio del potere (CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p.114).

tere ricorre anche nelle ipotesi di contraddittorietà provvedimentale e intraprocedimentale. La prima si concreta quando emerge un contrasto con altre manifestazioni di attività amministrativa della stessa autorità aventi lo stesso oggetto. Si pensi al caso in cui il preavviso di fermo indichi un credito superiore rispetto a quello riportato nella cartella di pagamento. La seconda ipotesi ricorre qualora vi sia contrasto palese fra due atti del procedimento (ad esempio la competente direzione dell'agenzia delle entrate indica il veicolo iscritto al P.R.A., mentre il concessionario della riscossione chiede alla d.r.e. che sia scritto il fermo per altro veicolo, registrato presso altro pubblico registro automobilistico⁴³). Frequenti nella prassi sono i casi di eccesso di potere per contraddizione tra dispositivo e motivazione (ad esempio viene notificata al contribuente una cartella di sgravio e successivamente si preavvisa questi dell'intenzione di operare il fermo amministrativo sulla base di quella cartella ritenendola fallacemente una ordinaria cartella di pagamento) oppure i casi di eccesso per manifesta ingiustizia (ad esempio al contribuente vengono intimati in rapida successione numerosi fermi, costringendolo a subire ininterrottamente le relative iscrizioni e ciò pur a fronte di crediti non troppo elevati)⁴⁴. Ulteriori ipotesi di annullamento conseguono all'accertamento di una violazione di legge, emergente allorquando, ad esempio, l'organo non segua puntualmente la procedura⁴⁵ (non vi sia stata iscrizione a ruolo del tributo; non vi sia stata la regolare notifica della cartella di pagamento; il provvedimento di fermo non contenga gli estremi del tributo dovuto, della sua natura e dell'importo iscritto a ruolo, se l'iscrizione non è stata notificata al debitore)⁴⁶. Nel caso in cui, invece, non vengano ravvisati patologie meritevoli di essere confutate e il contribuente paghi quanto dovuto, il concessionario, entro venti giorni dal pagamento, ne dà comunicazione alla competente direzione regionale delle entrate che nei successivi venti giorni emette un provvedimento di revoca del fermo, inviandolo al contribuente. In seguito competerà al contribuente attivarsi per invocare la cancellazione dell'iscrizione dal P.R.A. mediante l'esibizione del provvedimento di revoca e dopo aver versato all'A.c.i. le spese di iscrizione e di cancellazione⁴⁷. Nel caso, per contro, di mancato pagamento, oltre all'iscrizione del fermo, l'agente della riscossione potrà iscrivere ipoteca sui beni immobili del debitore e dei suoi

⁴³ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 116-117.

⁴⁴ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 117.

⁴⁵ La violazione di legge è una figura residuale, inglobante ogni altra violazione di norme giuridiche non riconducibile alle categorie precedenti (CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 120).

⁴⁶ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 121.

⁴⁷ CASTRO, *Il fermo amministrativo di autoveicoli*, cit., p. 6.

coobbligati oppure procederà all'espropriazione forzata⁴⁸ dei beni immobili, dei beni mobili e dei crediti anche presso terzi, nonché delle somme dovute da terzi nell'ambito dei rapporti di lavoro e, in ogni caso, intraprendere ogni altra azione esecutiva cautelare o conservativa che l'ordinamento attribuisce in genere al creditore secondo le norme del codice civile. L'agente della riscossione, inoltre, è autorizzato a presentare istanza di fallimento nei confronti del debitore e dei suoi coobbligati⁴⁹.

Per converso, nel decreto sviluppo occorre menzionare, da ultimo, una pregnante garanzia per il contribuente, atteso che l'agente della riscossione, che volesse adottare il provvedimento di fermo per debiti fino a 2.000 euro, deve inviare, mediante posta ordinaria, due solleciti di pagamento, il secondo dei quali decorsi almeno sei mesi dalla spedizione del primo. Si assiste, dunque, ad una dilatazione dei tempi procedurali. Tanto al fine di permettere al contribuente di avere contezza della pretesa tributaria consentendo al medesimo di definire la sua posizione debitoria in un arco temporale più ampio⁵⁰.

2. Il preavviso di fermo

Di rilievo appare l'istituto germinato con il fine di apportare più forti margini di tutela per il contribuente. Con nota n. 57413 del 9 aprile 2003 l'Agenzia delle Entrate ha specificato un ulteriore adempimento a carico dell'agente di riscossione il c.d. preavviso di fermo. In via preventiva, difatti, rispetto all'iscrizione presso il P.R.A., l'agente ha l'obbligo di comunicare al contribuente l'invito ad effettuare, entro venti giorni, il pagamento delle somme iscritte a ruolo⁵¹. Con la direttiva n. 12 del 2007 Equitalia ha ulteriormente provveduto a specificare il contenuto minimo di tale documento evidenziando la necessità di fornire al contribuente le informazioni necessarie (la natura del debito, l'importo dovuto e l'anno di riferimento, il numero della cartella esattoriale e la prova della sua notifica), informazioni volte ad identificare facilmente la cartella di pagamento ed il relativo contenuto cui il preavviso di fermo si riferisce⁵². Trascorsi venti gior-

⁴⁸ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 73.

⁴⁹ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 72;

⁵⁰ CONFENTE - GRIMALDI, *La nuova riscossione dei tributi dopo il decreto sviluppo e la manovra finanziaria 2011*, cit., p. 143.

⁵¹ Tali concetti poi sono stati ribaditi nella risoluzione n. 2/E del 9 gennaio 2006 sempre dell'Agenzia delle entrate.

⁵² CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 5-8-65-66; CONFENTE - GRIMALDI, *La nuova riscossione dei tributi dopo il decreto sviluppo e la manovra finanziaria 2011*, cit., p. 142; «È illegittimo il preavviso di fermo amministrativo che non estrinseca adeguatamente i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione» (Commissione Tributaria Provinciale Lecce, sez. I, 23 settembre 2010, in *www.altalex.com*); BRANDOLINI, *Il fermo amministrativo*, cit., p. 35.

ni dal preavviso, la parte debitrice potrà saldare il suo debito, corrispondendo, altresì, gli interessi di mora e le spese sostenute per l'iscrizione del fermo⁵³, in caso contrario, trascorso vanamente tale termine, la misura del fermo diverrà operativa⁵⁴.

Le garanzie sottese a tale istituto si concretano, ad ogni buon conto, nella circostanza secondo cui il preavviso di fermo, contrariamente alla cartella di pagamento spesso lacunosa, consente una facile individuazione del debito⁵⁵, nonché la diretta contezza delle conseguenze derivanti dal mancato pagamento della medesima cartella. Ad ogni modo, parte della dottrina si è interrogata in argomento sugli accadimenti conseguenti alla previsione nel preavviso di fermo di un termine di pagamento inferiore ai venti giorni. Orbene, tale circostanza non può ergersi a motivo di doglianza atteso che il privato, nel caso in cui l'iscrizione non sia immediata, potrà, in ogni caso, impedire l'avvio del procedimento pagando il dovuto⁵⁶. Di contro, allorché si iscriva il fermo immediatamente dopo la concessione del termine inferiore, deve rimarcarsi che le spese procedurali successive al preavviso non possono essere addossate al privato. Tanto unicamente nell'ipotesi in cui quest'ultimo dimostri di aver adempiuto entro venti giorni decorrenti dal ricevuto preavviso. Per converso, nel caso in cui il termine concesso nel preavviso sia superiore ai venti giorni, l'Amministrazione dovrà rispettarlo se non vorrà incorrere in responsabilità da illecito per violazione dei canoni di buona fede, diligenza e correttezza *ex art. 1176 c.c.*⁵⁷.

In materia, per quanto concerne le previsioni di tutela del privato, fino alla pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione dell'11 maggio 2009 n. 10762⁵⁸, il preavviso di fermo amministrativo non era inteso quale atto impugnabile, né dinnanzi al G.O., né dinnanzi al Giudice tributario⁵⁹. Con il richiamo-

⁵³ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 219; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 64.

⁵⁴ Conformemente a quanto prescritto ai concessionari dalla nota dell'Agenzia delle entrate n. 57413 del 9 aprile 2003, in *Il Fisco* n. 15/2003 fascicolo n. 2 p. 2384.

⁵⁵ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 65 - 66.

⁵⁶ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 120.

⁵⁷ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 121.

⁵⁸ In *www.altalex.com*.

⁵⁹ In tal senso Cass., 14 aprile 2009 n. 8890, in *www.ricerca giuridica.com*: «In relazione alla pretesa configurabile con l'azione proposta, la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione dei principi giuridici vigenti negando l'interesse del ricorrente a impugnare un provvedimento privo di effetti pregiudizievoli. Questa Corte ha avuto modo di stabilire ed intende qui confermare che la comunicazione preventiva di fermo amministrativo (c.d. preavviso) di un veicolo notificata a cura del concessionario esattore, non arrecando alcuna menomazione al patrimonio – poiché il presunto debitore, fino a quando il fermo non sia stato iscritto nei pubblici registri, può pienamente utilizzare il bene

to provvedimento decisorio della Suprema Corte n. 10762 del 2009, per la prima volta si è inteso qualificare valevole ed esistente l'interesse ad agire del privato *ex art. 100 c.p.c.* avverso il preavviso di fermo amministrativo, tanto al fine di compulsare un controllo di legittimità sostanziale sulla pretesa dell'ente di riscossione⁶⁰. Tale assunto trova il suo corredo motivazionale nelle seguenti circostanze: a) l'iscrizione automatica del fermo si verifica senza nuova comunicazione ove non si provveda al pagamento invocato; b) il preavviso di fermo presuppone l'emanazione del provvedimento di fermo; c) sussiste l'intimazione nel preavviso di fermo di non utilizzare l'autoveicolo trascorso il termine di venti giorni; d) è irrogabile la sanzione *ex art. 214 del d.lgs. 285/1992* in caso di successivo utilizzo del veicolo sottoposto a fermo. Ancora, del pari, le più recenti pronunce giurisprudenziali sul punto equiparano il fermo e il preavviso di fermo, qualificando quest'ultimo come atto autonomamente impugnabile per la funzione di mettere a conoscenza il privato dell'esistenza di una pretesa creditoria da parte di un'Amministrazione (Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20931, in *www.giudicedipace.it*). È recessiva, dunque, la diversa ricostruzione ermeneutica secondo cui il preavviso di fermo, non determinando effetti attualmente lesivi della sfera giuridica del contribuente (Cass., sez. un., 31 gennaio 2006 n. 2053, in *www.altalex.com*; Cons. Stato, Sez. V n. 4589/2005, in *www.anticorruzione.it*)⁶¹, non può ritenersi impugnabile (Tribunale di Bari, 27 marzo 2012, n. 1094, in *www.books.google.it*).

In ogni caso, l'autonoma impugnabilità del preavviso stesso induce, a ben vedere, a ritenere necessaria la successiva impugnazione del fermo le cui patologie non possono ritenersi assorbenti nel pregresso atto di preavviso. Appare evidente, tra l'altro, come l'istituto in esame possa essere confutato per vizi afferenti l'atto stesso e non la pretesa creditoria sostanziale sottesa, che peraltro diventa definitiva in caso di mancata impugnazione della comunicazione di preavviso di iscrizione del fermo. Ancora, la granitica interpretazione volta a conferire pregio all'autonoma impugnabilità del preavviso consente al debitore di invocare unitamente alla stessa la sospensione della relativa procedura.

Allo stato, tuttavia, le istanze di tutela avverso il preavviso risentono, altresì, della oscillazione di giurisdizione che incombe sull'istituto in esame. Il *punctum*

e disporre – è atto non previsto dalla sequenza procedimentale dell'esecuzione esattoriale e, pertanto, non può essere autonomamente impugnabile *ex art. 23 L. n. 689 del 1981*, non essendo il destinatario titolare di alcun interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c.».

⁶⁰ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 151.

⁶¹ BUSCEMA - IOCCHI, *Riscossione coattiva e tutela del contribuente*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009, Capitolo IV, p.180.

dolens è l'individuazione del momento in cui il provvedimento di preavviso diventa lesivo per gli interessi del debitore-contribuente e, quindi, il momento in cui sorge l'interesse ad agire.

Sul punto la Commissione Tributaria Regionale di Catanzaro nella sentenza n. 662 del 2 settembre 2014⁶² ha precisato che il preavviso di fermo può essere autonomamente impugnato anche prima dell'effettiva iscrizione presso il Pubblico Registro Automobilistico, trattandosi di atto già di per sé idoneo a creare nocumento al proprietario del veicolo. Contrariamente a tale pronuncia, la Cassazione con la recentissima sentenza n. 4259 del 3 marzo 2015⁶³ accoglie una tesi più restrittiva, differendo il termine di contestazione dei contenuti e delle modalità di emissione del provvedimento amministrativo all'avvenuta iscrizione del provvedimento nel Pubblico Registro Automobilistico. Il fondamento di tale impostazione è che nella fase antecedente all'iscrizione al P.R.A. del fermo non si configura alcuna lesività degli interessi del debitore. Con tale affermazione, la Cassazione fa un passo indietro, negando implicitamente una autonoma impugnabilità del preavviso di fermo rispetto al vero e proprio fermo amministrativo. La tesi è ben condivisibile in quanto, allo stato attuale, manca un vero e proprio provvedimento di fermo amministrativo successivo alla comunicazione di preavviso. In effetti il preavviso di fermo si tramuterebbe in vero e proprio fermo amministrativo. Nella pratica, dell'iscrizione al PRA il contribuente non ne ha notizia, nessun dato relativo viene comunicato. Il presunto debitore, nelle opportune sedi giudiziarie, impugna, quindi, un atto amministrativo, valido ma non ancora efficace, che dal decorso dell'infruttuoso termine di 30 giorni si tramuta in un provvedimento valido, efficace e pregiudizievole, immediatamente ed autonomamente impugnabile al quale dovrebbe seguire, ad iscrizione avvenuta, un ulteriore provvedimento c.d. di fermo amministrativo.

Anche in tal senso, pertanto, si auspica un intervento del legislatore che possa chiarificare in via definitiva la natura di tale atto, il fondamento ed il giudice competente per la sua impugnazione⁶⁴, per una effet-

tiva tutela in tale ambito. In merito a tali questioni di particolare pregnanza si disquisirà da qui a poco⁶⁵.

3. Ulteriori modelli tipici

A questo punto, prima di proseguire con la trattazione afferente la natura dell'istituto in esame, occorre diversificare il fermo dei beni mobili registrati da divergenti⁶⁶ ed allo stesso tempo analoghe fattispecie tipiche. Occorre distinguere, infatti, tra: 1) il fermo amministrativo in materia di Contabilità di Stato, previsto dall'art. 69 R.D. n. 2440 del 1932, avente natura cautelare, adottato dalla P.A. in via di autotutela, assimilabile, ad ogni buon conto, ai provvedimenti cautelari d'urgenza concessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c.; 2) il fermo amministrativo dei veicoli, introdotto dall'art. 1 comma 4 lett. e del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni nella l. 28 febbraio 1997, n. 30; 3) il fermo dei veicoli inteso come sanzione accessoria applicabile in caso di gravi violazioni del Codice della Strada, disciplinato dall'art. 214 di detto codice così come formulato dal d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e successive modifiche; 4) il fermo amministrativo esattoriale, la cui categoria annovera il fermo di cui all'art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, così come modificato dal d.lgs. n. 46 del 1999 e n. 193 del 2001, inserito nel capo III concernente l'espropriazione dei beni mobili registrati, ed il fermo ai fini fiscali o ganciasse fiscali introdotto dall'art. 1 comma 4 lett. e del d.l. n. 669 del 1996 convertito con modificazioni in legge n. 30 del 1997, che ha aggiunto l'art. 91-*bis* al d.P.R. n. 602 del 1973, relativo al fermo dei veicoli a motori e autoscafi, le cui modalità termini e procedure attuative sono contenute nel d.m. n. 503 del 1998⁶⁷.

Al riguardo occorre menzionare il fermo previsto dall'art. 23 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 rubricato "sospensione dei rimborsi e compensazione", impugnabile innanzi alle Commissioni Tributarie ed il fermo previsto dall'art. 38 bis comma 3 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, così come modificato dall'art. 4 del d.l. 27 aprile 1990, n.90, convertito in l. 26 giugno 1990, n. 165 e da ultimo ulteriormente modificato dall'art. 31 d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, in materia di I.V.A., che conferisce all'Amministrazione il potere di adottare il fermo nel caso in cui nei confronti del privato sia pendente un procedimento penale per emissione o utilizzazione di fatture false, ai sensi dell'art. 4 comma 1 n. 5 del d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito nella l. 7 agosto 1982, n. 516.

Di particolare rilievo, inoltre, appare la fattispecie afferente il fermo amministrativo previsto dall'art. 69 della legge contabilità generale dello Stato, quale strumento adottato dalla P.A. a fronte di eventuali rapporti di debito e credito correnti tra diverse amministra-

⁶² In *www.sportellodeidiritti.org*.

⁶³ Cass., 3 marzo 2015 n. 4259, in *www.ildiritto24.ilsole24ore.com*: «È ammessa l'opposizione al provvedimento di fermo amministrativo a condizione che lo stesso provvedimento sia stato iscritto al Pubblico Registro Automobilistico. L'opposizione è inammissibile se esperita contro l'atto di preavviso di fermo. Infatti, il fermo amministrativo su un veicolo per poter produrre effetti pregiudizievole nella sfera giuridica del soggetto, che consistono nel divieto di circolare con il veicolo stesso, necessita dell'iscrizione presso il PRA. Prima dell'iscrizione del provvedimento di fermo viene inviato al debitore un atto che prende il nome di preavviso di fermo amministrativo e che consiste in un mero avvertimento ad adempiere al pagamento di quanto dovuto. Decorso inutilmente il tempo assegnato per l'adempimento, il provvedimento viene iscritto al PRA e diviene esecutivo».

⁶⁴ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., pp. 153, 219.

⁶⁵ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 152.

⁶⁶ BUFFONE, *Fermo amministrativo*, cit., pp. 5-8.

⁶⁷ BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., pp. 3-18-7-18-19.

zioni e terzi al fine di pervenire ad una compensazione degli stessi, in presenza, tuttavia, del requisito del *fumus boni iuris* della propria pretesa, giusta la circolare del Ministero del Tesoro 29 marzo 1999 n. 21⁶⁸.

Ancora, degno di menzione è il fermo dei veicoli quale sanzione a gravi violazioni del Codice della Strada (ad esempio per i ciclomotori in caso di guida senza casco da parte di minori e /o di trasporto di due persone)⁶⁹ che deve annoverarsi nella categoria delle sanzioni amministrative, germinate dalla riscontrata violazione della norma, i cui effetti sono quelli della sottrazione materiale del bene che viene recuperato in un deposito. Avverso tale provvedimento è ammesso il ricorso al Prefetto ai sensi dell'art. 203 Codice della Strada e contro l'ordinanza del Prefetto può avanzarsi opposizione dinanzi al G.O. ai sensi degli artt. 22, 22-bis e 23 della l. 24 novembre 1981, n. 689. C'è da dire, quale elemento diversificatore rispetto all'istituto in esame, che la tutela apprestata ex artt. 22, 22-bis e 23 della l. 24 novembre 1981, n. 689 non può essere applicata al fermo veicoli di cui all'art. 86 del d.P.R. 602/1973. Tale assunto è stato, del pari, avallato dal Tribunale di Bari, sezione prima civile, con sentenza del 19 dicembre 2002: invero, la regolamentazione autonoma e il perimetro normativo emergente dalla stessa induce ad annoverare come estraneo nell'ambito fiscale il sistema oppositivo di cui al combinato disposto dell'art. 205 d.lgs. 285/1992 ed agli artt. 22, 22-bis e 23 l. 689/81⁷⁰.

4. Natura giuridica e giurisdizione

L'argomento oggetto di ampie e diversificate digressioni, giammai risolte tra gli studiosi del diritto, neanche con l'entrata in vigore del Decreto Bersani Visco (d.l. n. 223 del 2006 convertito in l. n. 248 del 2006), si concreta senza dubbio nella natura del fermo amministrativo e nella conseguente scelta dell'Organo Giudicante al quale invocare i rimedi di tutela da parte del contribuente⁷¹. Tanto anche in ragione della lacunosità di contenuto in materia nelle disposizioni dell'art. 86 d.P.R. n. 602 del 1973.

Orbene, parte della giurisprudenza e della dottrina, indotti forse anche dall'improprio *nomen iuris* che lo connota, hanno inteso conferire al fermo la veste di provvedimento amministrativo⁷², atto di autotute-

la in funzione dell'interesse pubblico, provvedimento discrezionale nell'*an* e nel *quid*, attribuito al concessionario della riscossione quale esercente privato di una pubblica funzione⁷³. Si è ritenuto, seguendo tale impostazione, che il fermo dovrebbe soggiacere ai dettami della l. 7 agosto 1990 n. 241 e dello Statuto del Contribuente l. 27 luglio 2000, n. 212 che richiama, soprattutto in punto di motivazione dell'atto, la legge sul procedimento amministrativo. Al riguardo autorevole dottrina ha affermato che il provvedimento dovrebbe essere motivato in merito ai profili che hanno indotto la sua adozione, nonché contenere le indicazioni dell'autorità giudiziaria che il debitore deve adire in caso di controversie inerenti al provvedimento stesso⁷⁴. La traslazione della giurisdizione in argomento in capo al G.O. secondo l'opinione espressa in alcune pronunce del Consiglio di Stato non garantirebbe ampi margini di tutela, attesa la carenza in capo alla Magistratura Ordinaria di «un potere di sindacato pieno sull'atto amministrativo esteso al potere di annullamento dell'atto»⁷⁵ (Cons. stato, ord., 13 aprile 2006, n. 2032, in *www.books.google.it*). In materia ricorrebbe, dunque, un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A. Inoltre, secondo tale impostazione, la modifica introdotta al richiamato art. 86 ad opera del d.lgs. 27 aprile 2001, n. 193 ha decretato il venir meno di qualunque collegamento di presupposizione tra l'avvio dell'esecuzione e l'emanazione del fermo amministrativo. Quest'ultimo, invero, esulerebbe dalla serie degli atti della procedura esecutiva, concretandosi, l'art. 86 del citato decreto, nell'espressione di una scelta discrezionale del concessionario. Al riguardo anche il T.a.r. Sicilia – Palermo, sez. II, ordinanza 13 giugno 2006 n. 234⁷⁶ e nuovamente il Consiglio di stato, sez. VI, 18 luglio 2006, n. 4581⁷⁷ avallano l'impostazione volta a qualificare come provvedimento la natura del fermo,

talia.it; T.a.r. Puglia - Lecce, ord. 13 ottobre 2004, n. 1126 in *www.dirittoegiustizia.it*; T.a.r. Lazio, 23 giugno 2004, n. 3402 in *www.altalex.com*; T.a.r. Puglia - Bari, 19 maggio 2004, n. 2331 in *www.altalex.com*; T.a.r. Puglia - Bari, 25 luglio 2003, n. 3000, in *www.altalex.com*; T.a.r. Puglia - Bari, 3 aprile 2003, n. 1567 in *www.altalex.com*; T.a.r. Puglia - Bari, ord. 5 marzo 2003, n. 216 in *www.altalex.com*; DI PAOLA N. S., *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 171; BUFFONE, *Fermo amministrativo*, cit., pp. 11,12.

⁷³ Cons. Stato n. 2032 del 14 marzo 2006; DI PAOLA N.S., *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 132; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 93,94; BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., pp. 33, 34.

⁷⁴ PALMOSI, *Profili attuali sulla natura e giurisdizione del fermo ex art. 86 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602*, in *Rassegna tributaria*, n. 1, gennaio-febbraio 2005, p. 186; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit. pp. 99-100-106; Risoluzione Agenzia delle entrate n. 9/E del 2006, in *Il Fisco*, n. 6/2006, fascicolo n. 2, p. 953.

⁷⁵ LUME, *L'opposizione ad ordinanza ingiunzione amministrativa*, cit., p. 212.

⁷⁶ In *www.giustiziaamministrativa.it*.

⁷⁷ In *www.altalex.com*.

⁶⁸ CAFARO, *Opposizioni alle cartelle esattoriali ed al fermo amministrativo - Le ragioni della giurisprudenza e la casistica dell'accoglimento - Controversie e soluzione*, cit., p. 49.

⁶⁹ BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 40; CAFARO, *Opposizioni alle cartelle esattoriali ed al fermo amministrativo - Le ragioni della giurisprudenza e la casistica dell'accoglimento - Controversie e soluzione*, cit., p. 46.

⁷⁰ BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., pp. 41, 42.

⁷¹ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 156; AA.VV. *I danni cagionati dallo Stato, dalla Pubblica Amministrazione e dal Fisco*, cit., p. 484.

⁷² T.a.r. Puglia - Bari, 14 ottobre 2004, n. 4460 in *www.lexi-*

rimettendo alla Corte costituzionale la questione di legittimità degli artt. 49, 57, 86 d.P.R. n. 602 del 1973 e degli artt. 2 e 19 d.lgs. n. 546 del 1992⁷⁸. Orbene la Corte Costituzionale si è espressa sulla questione (ordinanza 8 maggio 2007 n. 161 e ordinanza 17 luglio 2007 n. 297, in *www.books.google.it*) qualificandola inammissibile, palesando nella stessa un improprio tentativo di ottenere l'avallo a tale interpretazione con un uso distorto dell'incidente di costituzionalità⁷⁹.

Di contro, l'indirizzo senza dubbio maggioritario qualifica l'istituto in esame non come "provvedimento amministrativo" ma quale atto sostanzialmente cautelare di natura anticipatoria degli effetti espropriativi, funzionale all'esecuzione forzata, in quanto destinato alla conservazione dei cespiti patrimoniali del debitore, volto ad assicurare il buon esito dell'esecuzione forzata e, quindi, la conservazione della garanzia patrimoniale del credito azionato⁸⁰. La giurisdizione in materia secondo tale impostazione compete al G.O.⁸¹. A tale tesi, invero, hanno aderito le Commissioni tributarie provinciali di Caltanissetta (sentenza n. 15 dell'11 febbraio 2005, in *www.books.google.it*) le quali hanno precisato che la facoltà di disporre il fermo da parte del concessionario deve annoverarsi nello *ius eligendi*, riconosciuto nelle procedure esecutive al creditore procedente tra i diversi mezzi di aggressione dell'esecutato o tra diversi beni passibili di esecuzione forzata⁸². Il Collegio nisseno ha riconosciuto, tuttavia, la natura provvedimentale del fermo, evidenziando del medesimo allo stesso tempo le conseguenze rilevanti sui diritti soggettivi del cittadino, la cui tutela non

potrà che essere invocata innanzi al G.O. secondo il principio generale del riparto di giurisdizione di cui all'art. 2 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E⁸³. Tanto anche in virtù del fatto che il giudice ordinario dispone di tutti gli strumenti processuali, anche d'urgenza, per garantire la piena realizzazione del diritto di difesa e la disapplicazione del fermo, cioè l'accertamento della sua invalidità⁸⁴. Ancora, il Consiglio di stato con la decisione n. 4689 del 13 settembre 2005⁸⁵ ha assimilato il fermo dei beni mobili registrati all'iscrizione ipotecaria sui beni immobili prevista dall'art. 77 dello stesso decreto, riconoscendo in capo al concessionario un diritto potestativo non divergente da quello del creditore la cui naturale tutela giurisdizionale compete all'Autorità Giudiziaria ordinaria⁸⁶. Sulla stessa frequenza si è posta poi la Cassazione a sezioni unite con ordinanza del 31 gennaio 2006 n. 2053, in *www.altalex.com*⁸⁷. Infatti, la Corte di Cassazione a sezioni unite del 31 gennaio 2006 n. 2053, risolvendo la diatriba sull'attribuzione di giurisdizione in materia di fermo amministrativo, ha statuito la competenza del G.O., ricostruendo il fermo quale strumento che si inserisce nella riscossione coattiva dei crediti teso alla conservazione del bene ai fini del soddisfacimento del credito tributario⁸⁸. In argomento anche il Consiglio di stato con sentenza della quarta sezione del 3 febbraio 2006 n. 433⁸⁹ ha, peraltro, confermato tale orientamento rimarcando la funzione cautelativa e anticipatoria degli effetti espropriativi all'espropriazione forzata *latu sensu* intesa, propria del fermo amministrativo⁹⁰. Tale impostazione è stata seguita dalle pronunce del Consiglio di stato n. 418, n. 213 del febbraio 2006 e n. 147091 del 16 marzo del medesimo anno⁹¹. Ancora, con ordinan-

⁷⁸ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., pp. 81-82-101-158-161; AA.Vv. *I danni cagionati dallo Stato, dalla Pubblica Amministrazione e dal Fisco* cit., p. 487.

⁷⁹ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 142. CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 94, 95.

⁸⁰ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., p. 82.

⁸¹ T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, 6 ottobre 2004, n. 3561, in *www.altalex.com*; T.a.r. Toscana, 26 maggio 2004, n. 1620, in *www.books.google.it*; T.a.r. Liguria, 29 aprile 2004, n. 639, in *www.books.google.it*; T.a.r. Calabria - Catanzaro, 24 marzo 2004, n. 699, in *www.altalex.com*; T.a.r. Emilia Romagna, 25 novembre 2003, n. 2516, in *www.books.google.it*; T.a.r. Veneto, 15 gennaio 2003, n. 886, in *www.altalex.com*; T.a.r. Liguria, 24 ottobre 2002, n. 637, in *www.books.google.it*; T.a.r. Piemonte, 5 ottobre 2002, n. 1577, in *www.books.google.it*; Tribunale Caltanissetta, 12 febbraio 2004, in *www.ildiritto.it*; Tribunale Novara, ord. 9 maggio 2003, in *www.altalex.com*; Tribunale Bari, 7 maggio 2003, n. 1004, in *www.altalex.com*; Tribunale Salerno, ord. 18 aprile 2003, in *www.ildiritto.it*; Tribunale Milano, 9 aprile 2003, n. 7825, in *www.personaedanno.it*; Tribunale Brindisi, ord. 3 aprile 2003, in *www.altalex.com*; Tribunale Bari 17 marzo 2003, in *www.altalex.com*; Giudice di Pace di Pozzuoli 10 gennaio 2005, n. 11893, in *www.books.google.it*; Giudice di Pace di Davoli, 20 agosto 2003, n. 962, in *www.books.google.it*.

⁸² T.A.R. Campania - Napoli, 16 settembre 2004, n. 12025, in *www.altalex.com*; CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp.87, 88, 89.

⁸³ DI PAOLA N. S., *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 168.

⁸⁴ Il giudice ordinario disporrebbe di tutti gli strumenti processuali, anche d'urgenza, per garantire la piena realizzazione del diritto di difesa. In argomento la disapplicazione del fermo, cioè l'accertamento della sua invalidità, sarebbe misura valevole alla soddisfazione dell'interesse della parte privata. In virtù di tanto i rilievi riguardanti l'asserita insufficienza dei poteri del giudice ordinario sarebbero "un fuor d'opera" per manifesto difetto di rilevanza (Corte cost., or. 4-17.25 luglio 2007, n. 297, cit.).

⁸⁵ In *www.altalex.com*.

⁸⁶ Cass., sez. un., 12 ottobre 2011 n. 20931 in *www.ipsoa.it*; Cass., sez. un., 31 gennaio 2006, n. 2053, in *www.altalex.com*; BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 39; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., pp. 169,170.

⁸⁷ Secondo la medesima «la tutela giudiziaria esperibile nei confronti del fermo amministrativo si deve realizzare davanti al G.O. con le forme consentite dal vigente articolo 57 del d.p.r. n. 602 del 1973 dell'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi».

⁸⁸ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit. p. 179; BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 28.

⁸⁹ In *www.quotidianoentilocali.it*.

⁹⁰ AA.Vv. *I danni cagionati dallo Stato, dalla Pubblica Amministrazione e dal Fisco*, cit., p. 485.

⁹¹ In *www.altalex.com*.

za n. 14701 del 23 giugno 2006 la Suprema Corte di Cassazione ha rinforzato l'orientamento espresso con la pregressa ordinanza n. 2053 del 31 gennaio 2006, annoverando il fermo amministrativo nelle attività concernenti la riscossione coattiva dei crediti erariali. Da tanto deriva che il relativo contenzioso rientra nella giurisdizione del giudice ordinario⁹².

Un altro indirizzo, invero, pur aderendo alla tesi privatistica del fermo amministrativo, nega l'investitura del G.O. per le istanze di tutela del contribuente, ritenendo vaevole la forma dell'impugnazione presentata innanzi al giudice dell'esecuzione. Si profila, secondo tale impostazione, la qualificazione del fermo amministrativo come atto esecutivo speciale. Tale assunto si desume dalla collocazione dell'istituto in esame nell'ambito della disciplina del procedimento di riscossione, dal collegamento dello stesso alla attività esecutiva dell'esattore, dalla sottoposizione al termine dilatorio previsto per l'inizio dell'esecuzione, dalla attribuzione del relativo potere al concessionario per la riscossione, dalla funzione specifica di preparare e rendere possibile la apprensione del bene con il pignoramento. In virtù di tanto il privato potrà avvalersi in materia delle ordinarie opposizioni esecutive⁹³. In questo caso, dunque, la competenza si determinerà in base alle regole ordinarie *ex artt.* 17 e 27 c.p.c. e, in tal senso, anche il giudice di pace potrà risultare competente per materia o *ratione valoris*. Nei restanti casi riceverà gli atti di contestazione del privato avverso i fermi amministrativi il tribunale ordinario in sede di opposizione all'esecuzione (art. 619 comma 1 c.p.c.) e il tribunale quale giudice dell'esecuzione in sede di opposizione agli atti esecutivi (art. 617 comma 1 c.p.c.). Da ultimo anche la Suprema Corte ha avallato la natura di atto dell'esecuzione in senso proprio del fermo amministrativo, riconducendo il relativo processo di impugnazione nell'ambito dell'opposizione all'esecuzione già iniziata, *ex art.* 615, comma 2, c.p.c. e affermando la conseguente competenza esclusiva del tribunale, quale giudice dell'esecuzione, ma solo in relazione alla fase sommaria in base all'art. 9 c.p.c. (Cass., 10 ottobre/4 novembre 2013, n. 24729, in *www.ilsole24ore.com*). Tale soluzione, tuttavia, non convince per una serie di motivi. Dalla lettura dell'art. 615 comma 1 e 617 c.p.c. e ponendo a mente che il processo esecutivo si caratterizza per la tipicità degli atti che lo contraddistinguono, si profila quale forzatura l'applicazione al riguardo di tali articoli. "Contestare il diritto a procedere ad esecuzione forzata", come previsto nell'art. 615 c.p.c., presuppone che il fermo abbia qualche legame con il procedimento espropria-

tivo e ciò deve escludersi. Il fermo, invero, i cui effetti possono risultare simili al pignoramento, non può ritenersi prodromico allo stesso, né essere paragonato al sequestro conservativo. Ancora, l'art. 491 c.p.c. nel prevedere che l'espropriazione forzata inizia con il pignoramento fa salva la sola ipotesi di cui all'art. 502 c.p.c., con ciò facendo intendere che altre ipotesi dovrebbero quantomeno essere previste a livello normativo e non in sede interpretativa. Emerge, pertanto, la scarsa valenza pratica di tale soluzione⁹⁴.

Un ulteriore orientamento propende ad attribuire, in argomento, giurisdizione alle Commissioni tributarie. Al Giudice tributario, invero, competono le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, nonché tutte le questioni relative agli atti che precedono l'esecuzione forzata tributaria e quelle che posticipano la notifica della cartella di pagamento, non aventi natura esecutiva. Elementi testuali a favore della tesi della giurisdizione tributaria in materia di fermo si rinvencono nell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 4356 del 27 settembre 2004⁹⁵. In quella sede, chiamati a decidere sulla sospensione dell'esecuzione della sentenza del T.A.R. della Puglia sede di Bari n. 2331/2004, i giudici ebbero ad affermare in via del tutto incidentale che i motivi di appello incentrati sul difetto di giurisdizione del G.A. apparivano meritevoli di considerazione sotto il profilo della inerenza della questione alla materia tributaria, adombrando, dunque, la possibilità di una riconduzione della materia nel novero di quelle devolute alla cognizione delle speciali Commissioni tributarie⁹⁶. Ad ogni modo, nella sentenza n. 397 del 28 maggio 2003 la Commissione tributaria provinciale di Cosenza sez. I⁹⁷ ha escluso la competenza del G.O. atteso che la misura del fermo non è un atto col quale si inizia l'esecuzione contrariamente al pignoramento (art. 491 c.p.c.) ma un atto di natura cautelare molto vicino al sequestro conservativo⁹⁸, tanto facendo leva sulla circostanza che l'art. 12 comma 2 della l. 28 dicembre 2001 n. 448, mo-

⁹⁴ In argomento la Cassazione civile, con sentenza della sesta sezione, emessa in data 5 dicembre 2011 n. 26052, cit., ha riconosciuto che «il preavviso di fermo amministrativo, così come il fermo stesso dei beni mobili registrati, è atto funzionale a portare a conoscenza del debitore la pretesa dell'amministrazione finanziaria ma non è inserito come tale nella sequenza procedimentale dell'espropriazione forzata; pertanto, il concessionario non deve provvedere alla preventiva notifica dell'avviso contenente l'intimazione ad adempiere l'obbligazione risultante dal ruolo *ex art.* 50 comma 2 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, disposizione questa applicabile solo nel circoscritto ambito dell'esecuzione forzata».

⁹⁵ Cons. Stato, 27 settembre 2004, n. 4356, in *Il Fisco* n. 38/2004 fascicolo n. 1 p. 6585.

⁹⁶ CANCEDDA - DENARO, *Il fermo di beni mobili registrati disposto in relazione a crediti tributari tra oscillazioni giurisprudenziali ritardi normativi ed esigenze di certezza del diritto*, in *Il Fisco*, n. 47 19 dicembre 2005 pp. 1-7346.

⁹⁷ In *www.altalex.com*.

⁹⁸ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 118.

⁹² DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 179; BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., pp. 170-181-182.

⁹³ Contro il provvedimento di fermo si potrebbe quindi proporre opposizione all'esecuzione *ex comma 1 art.* 619 c.p.c. e opposizione agli atti esecutivi *ex comma 1 art.* 617 c.p.c.

dificando l'art. 2 del d.lgs. 546 del 1992 ha ampliato la sfera di cognizione delle Commissioni tributarie a tutte le controversie aventi ad oggetto tributi di ogni genere e specie ed ha adottato così, ai fini del riparto di tale giurisdizione da quelle ordinaria ed amministrativa, direttamente il criterio della materia, in luogo della precedente determinazione analitica della fattispecie⁹⁹.

Si è pensato ad una risoluzione della dibattuta questione afferente la natura del fermo e la competenza giurisdizionale con l'entrata in vigore del Decreto Bersani - Visco (d.l. n. 223 del 2006 convertito in l. n. 248 del 2006¹⁰⁰). L'art. 35 comma 26-*quinquies* della l. di conversione del medesimo decreto, infatti, ha introdotto espressamente il fermo amministrativo tra gli atti che possono essere impugnati dinanzi al giudice tributario, integrando l'art. 19 d.lgs. 546/1992. Si tratta di una sorta di oscillazione di giurisdizione tra giudice ordinario e tributario, individuabile a seconda della natura del credito azionato¹⁰¹. Sul punto, infatti, la giurisprudenza di merito, per un verso, ha evidenziato che il fermo amministrativo posto a tutela di crediti non assimilabili ai tributi, anche se riscuotibili mediante ruoli e cartelle di pagamento, non può costituire oggetto di impugnazione dinanzi alle commissioni tributarie¹⁰². Si rimarca, altresì, in giurisprudenza che la giurisdizione esclusiva dei giudici tributari è in netto contrasto con l'art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992, il quale non contempla la possibilità di adire il giudice tributario per il risarcimento dei danni derivanti da comportamenti illeciti dell'Amministrazione finanziaria.¹⁰³ Per converso la Suprema Corte aveva ritenuto che la cognizione delle Commissioni tributarie avesse ad oggetto tutti i provvedimenti di fermo per qualsiasi carico fossero disposti anche se non in materia di tributi¹⁰⁴. Ad ogni modo si è precisato sul punto che il giudice dovrà operare la rimessione al G.O. anche solo

parzialmente (ove il provvedimento faccia riferimento a crediti in parte di natura tributaria e in parte di natura non tributaria) trattenendo presso di sé la decisione del merito relativa alla materia tributaria.¹⁰⁵ Ancora, in argomento si è assistito a due importanti decisioni della Corte Costituzionale (nn. 64 e 130/2008), in *www.cortecostituzionale.it*, che hanno definito i limiti di competenza del giudice tributario¹⁰⁶ e ad un'altra recente pronuncia chiarificatrice delle sezioni unite della Cassazione (sent. 5 giugno 2008 n. 14831, in *www.altalex.com*). Del pari, le sezioni unite in data 18.10.2012 n. 17844 (in *www.ildiritto.it*) hanno affermato, in materia, che la giurisdizione su controversie relative al fermo amministrativo spetta al giudice ordinario ove risulti extratributaria la natura del credito azionato. È questa, peraltro, la sola lettura della norma che si presenti come costituzionalmente orientata: la giurisdizione del giudice tributario, in base all'art. 102 comma 2 cost., deve ritenersi imprescindibilmente collegata alla natura tributaria del rapporto. L'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi natura tributaria, sia che derivi direttamente da un'espressa disposizione legislative ovvero indirettamente dall'erronea qualificazione di tributaria data dal legislatore ad una particolare materia, comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali. Recentemente, poi, con sentenza del 5 maggio 2014 n. 9568, pronunciata a sezioni unite dal Supremo Collegio¹⁰⁷, si è evidenziato che l'opposizione avverso il fermo amministrativo di un veicolo e del relativo preavviso ex art. 86 del d.P.R. n. 602 del 1973, resta, per principio generale, attribuito al giudice tributario, salvo il caso eccettuato che l'ente impositore abbia formalmente riconosciuto il diritto allo sgravio, dovendo, in tal caso, riconoscersi la giurisdizione del giudice ordinario, non riguardando, nel caso di specie, più la controversia una questione tributaria¹⁰⁸, bensì un mero indebito oggettivo di diritto comune. In conclusione appare granitico, per vero, il convincimento dei Giudici della corte di cassazione secondo cui il debitore, in caso di provvedimento di fermo afferente una pluralità di crediti di natura diversa, può, avanzare originariamente due distinte istanze giudiziali davanti ad entrambi i giudici a ciascuno per la sua competenza. In argomento da ultimo si è espressa la Corte di Cassazione, sez. unite civili, sentenza 1 – 4 luglio 2014, n. 15425¹⁰⁹, Presidente Rovelli – Relatore Giusti, precisando che se il fermo amministrativo contiene in sé una pluralità di pretese, di natura mista e l'impu-

⁹⁹ DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 179; BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 182.

¹⁰⁰ Comm. Tribu. Prov. di Roma, 13 giugno 2007, n. 192/59/07, in *www.books.google.it*; Comm. Tribunale Prov. Bari sez. III, 7 marzo 2007, n. 25, in *www.books.google.it*.

¹⁰¹ Comm. Tribu. Prov. Cosenza 28 maggio 2003, n. 397, in *www.altalex.com*; Giudice di Pace di Roma, 18 marzo 2004, in *www.altalex.com*; DI PAOLA, *Fermo amministrativo fermo contabile e blocco dei pagamenti Strategie processuali di difesa*, cit., p. 179; BRANDOLINI, *Il Fermo amministrativo*, cit., p. 220.

¹⁰² Comm. Tribunale Prov. Di Roma, sez. LXI, 16 maggio 2007, nn. 173, 174, 175 e 184, in *www.books.google.it*; Comm. Tribunale Prov. di Catanzaro, Sez.VI, 28 dicembre 2006, n. 525, in *www.ildiritto.it*; Comm. Tribunale Prov. Di Bari n. 303/14/06, in *www.books.google.it*; Giudice di Pace di Bari, 26 febbraio 2007, n. 1825, in *www.altalex.com*.

¹⁰³ AA.VV. *I danni cagionati dallo Stato, dalla Pubblica Amministrazione e dal Fisco*, cit., p. 488.

¹⁰⁴ Cass., Sez. Un, ord. 11 febbraio 2008 n. 3171, in *www.ildirittocontemporaneo.it*: «Possono inoltre essere attribuite ai giudici tributari quelle controversie che riguardino atti "neutri" cioè utilizzabili a sostegno di qualsiasi pretesa patrimoniale (tributaria o no) della mano pubblica».

¹⁰⁵ LUME, *L'opposizione ad ordinanza ingiunzione amministrativa*, cit., p. 217.

¹⁰⁶ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 96-100-101.

¹⁰⁷ In *www.altalex.com*.

¹⁰⁸ CASSANO, *Il fermo amministrativo nella giurisprudenza*, cit., pp. 80-81-102-107-108.

¹⁰⁹ In *www.dirittoegustizia.it*.

gnazione sia stata proposta, anziché separatamente innanzi ai giudici diversamente competenti in relazione alla natura dei crediti posti a base del provvedimento di fermo contestato, unicamente dinanzi al giudice ordinario, questi deve trattene la causa presso di sé in relazione ai crediti non tributari posti a fondamento del provvedimento in questione, e rimettere la causa dinanzi al giudice tributario per la parte in cui il provvedimento si riferisce a crediti di natura tributaria.

Il dibattito afferente la natura dell'istituto oggetto della presente trattazione e i riflessi pregnanti in materia di giurisdizione riceveranno a breve nuova linfa vitale a fronte di quanto andrà a disporre il Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, destinatario dell'ordinanza n. 22240/2014 depositata in data 20 ottobre 2014 da parte della sesta sezione del medesimo organo giudiziario. Il Presidente, invero, dovrà valutare di devolvere o meno alle sezioni unite la questione relativa alla qualificazione del fermo di beni mobili registrati *ex art.* 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Il fatto trae origine dal contenzioso instaurato tra un cittadino e la società Equitalia S.p.A. —. Il giudice di pace ha dichiarato la propria incompetenza per materia a conoscere l'opposizione, proposta da un cittadino avverso il provvedimento di fermo amministrativo conseguente al mancato pagamento della cartella esattoriale relativa a sanzioni amministrative per l'importo complessivo di oltre 4.000 euro, rimettendo le parti dinanzi al tribunale. Riassunta la causa davanti al tribunale, il giudice ha richiesto d'ufficio il regolamento di competenza, sancendo che, pur dovendo essere condiviso l'orientamento di legittimità per il quale sia il fermo di beni mobili registrati che l'ipoteca sono atti strettamente funzionali all'esecuzione forzata, attraverso i quali si realizza il credito del concessionario, essi non possono tuttavia essere considerati atti esecutivi. Il tribunale, pertanto, ha dissentito da quanto affermato in una sentenza delle sezioni unite del 2011 (posta, invece, a fondamento della decisione del giudice di pace) e ha richiamato, a sostegno del proprio assunto, la precedente giurisprudenza, espressa, tra le altre, da altre decisioni a sezioni unite del 2007 e del 2009. Secondo il tribunale, fermo ed ipoteca costituirebbero «misure cautelari atipiche a contenuto inibitorio di carattere provvisorio, con la chiara funzione di garantire il soddisfacimento della pretesa di credito da parte dell'Amministrazione procedente e, come tali, certamente preordinate alla successiva esecuzione forzata», ma non sarebbero atti esecutivi. La conclusione del tribunale è stata, quindi, nel senso che, trattandosi di misure prodromiche al processo esecutivo, la tutela giudiziale esperibile si realizza davanti al giudice ordinario, competente per valore, con il rimedio dell'opposizione (art. 615, comma 1, c.p.c.). La Corte di Cassazione, investita della questione, ha ben inteso sottoporre, a seguito del c.d. conflitto negativo di competenza, tale questione al Primo Presidente che dovrà

valutare l'opportunità di devoluzione della vicenda alle sezioni unite. In particolare il Collegio prospetta, con la richiamata ordinanza, un'elencazione delle diverse impostazioni sulle quali invoca la formazione di una pronuncia corale delle sezioni della Suprema corte. Si tratta, dunque, di addivenire ad una qualificazione dell'istituto come strumento di conservazione della garanzia del credito oppure come atto prodromico all'espropriazione forzata, o addirittura come atto esecutivo e, quindi, rispettivamente annoverare i rimedi impugnatori a tutela del privato in una causa ordinaria di accertamento, che soggiace alle regole ordinarie di competenza dettate dal codice di rito; ovvero in un giudizio di opposizione c.d. preventiva all'esecuzione; oppure in un giudizio di opposizione c.d. successiva all'esecuzione. La natura dei vizi invocati, a parere degli Ermellini, assume valutazioni divergenti a seconda dell'organo investito delle prospettive caducatorie dispiagate dal privato. Per vero, ad esempio, le commissioni tributarie, quanto alle forme ed ai termini di proposizione dell'impugnazione, nonché, ovviamente, quanto alla competenza (per materia e valore), non pongono differenza alcuna in ragione della tipologia di vizio denunciato. Differente è il caso della qualificazione del fermo come atto preordinato all'espropriazione oppure come atto esecutivo in cui si profilano come applicabili una delle due disposizioni processuali del codice di rito quali l'art. 615 o l'art. 617 c.p.c. Ancora, le conseguenze in campo processuale potrebbero essere duplici se si confuta l'*an* della pretesa esecutiva oppure il *quantum* della stessa. Nel primo caso si applicherà il riparto di competenza tra giudice di pace e tribunale, fatta eccezione per i crediti di natura previdenziale per i quali sarebbe sempre competente il tribunale, in funzione di giudice del lavoro. Nel secondo caso, di contro, la competenza spetterebbe sempre e comunque al tribunale, attesa l'esclusione dalla competenza del giudice di pace dei giudizi di opposizione agli atti esecutivi. Orbene, a fronte di tale problematiche, si attendono risoluzioni di vicende interpretative che vanno, come sin qui prospettato, ben al di là di mere ipotesi definitorie di diritto sostanziale, investendo aspetti di non poco conto nell'ambito procedurale e, quindi, nelle prospettive di tutela del privato. Appare al riguardo necessario ed imprescindibile, anche a fronte degli svariati orientamenti prospettati dalla dottrina e dalla giurisprudenza più avveduta, un intervento chiarificatore della questione che sappia porre un battuta di arresto a un dibattito senza fine.

5. Profili processuali e applicazione della *traslatio iudicii*

Come poc'anzi esplicitato, la volontà legislativa di pervenire ad una generalizzazione della giurisdizione tributaria, non più legata all'impugnazione di singoli specifici atti, ma incentrata "sui tributi" ha condotto parte degli studiosi del diritto ad affermare che la

devoluzione alla giustizia tributaria della procedura di fermo amministrativo sia fondata sulla circostanza secondo cui la pretesa oggetto del procedimento in analisi sia, senza dubbio, di natura tributaria. Tale assunto, tuttavia, non risente della problematica di non poco conto afferente il caso in cui il fermo anzidetto sia incentrato su una pluralità di pretese divergenti, anche di natura non tributaria. In questi casi in virtù del principio della *translatio iudicium*, il giudice tributario rimetterà interamente o parzialmente, relativamente alle pretese non tributarie, la vertenza innanzi al G.O. Provvederà al riguardo la Magistratura Ordinaria nel caso in cui la pretesa verrà incentrata su crediti anche di natura tributaria. Ad onta di tale meccanismo processuale che consente di trasmigrare istanze di tutela, i pregiudizi difensivi occorsi al privato non vengono meno nel caso in cui, ad esempio, l'opposizione sia stata proposta davanti ad un giudice solo parzialmente competente, attesa la natura mista della pretesa creditoria, e questi abbia trattenuto presso di sé la causa, statuendo in ordine all'annullamento del provvedimento di fermo amministrativo. Inoltre, occorre rilevare che, mentre il giudice che si dichiara incompetente deve indicare l'Autorità giudiziaria davanti alla quale il processo deve essere riassunto, la quale, a sua volta, può sollevare il conflitto di competenza, il giudice che dichiara il difetto di giurisdizione non ha l'obbligo di dichiarare la giurisdizione di altro giudice, il quale può dichiarare, altresì, il proprio difetto di giurisdizione, ma non può sollevare il conflitto di giurisdizione.

La situazione appare peggiorativa se si considera il fatto che la caducazione del provvedimento di fermo per annullamento del medesimo, nel caso in cui non si siano confutate le pretese in esso esplicitate, potrebbe compulsare ancora l'ente concessionario a germinare un ulteriore provvedimento di fermo sulle medesime istanze creditorie. Ancora, si menziona, altresì, il contegno posto in essere dall'organismo dell'Equitalia nel corso dell'anno 2013, contegno protratto solo nella prefata annata. Il medesimo Organismo, infatti, notificava al contribuente sia il provvedimento di preavviso, che il provvedimento di fermo amministrativo, distanziando la notifica dei medesimi in breve arco temporale, con ciò compulsando l'instaurarsi di poliedriche istanze di tutela, indipendenti l'una dalle altre, senza alcuna valenza sospensiva tra il giudizio di impugnazione del fermo rispetto a quello del preavviso. Nelle more dei vari giudizi pendenti, si rischiava, inoltre, la formazione di contrastanti giudicati, anche a seguito della sovente mancata costituzione in giudizio dell'Equitalia S.p.A. Tale paradosso processuale si estrinsecava nella possibile caducazione del provvedimento di preavviso e della correlata pretesa sostanziale, seguita, di contro, dalla statuizione di legittimità del provvedimento di fermo amministrativo e della medesima pretesa, con evidente compromissione dei

diritti fondamentali del privato sprovvisto di ulteriori tutele processuali. Alcuni autori, in linea con la prassi generata dal comportamento dell'Agente di Riscossione hanno addirittura paventato l'ipotesi di una caducazione implicita del provvedimento di fermo. Tanto in base all'assunto che il dato testuale emergente dal novellato art. 86, non prevede più esplicitamente la comunicazione dell'apposizione del fermo. Orbene, tale deduzione interpretativa collide con la *ratio* sottesa alla nuova disciplina dell'istituto, maggiormente garantistica per il contribuente ma certamente non abrogatrice di una fattispecie a supporto di una tutela già sedimentata. A fronte di tali dubbi interpretativi si auspica un intervento chiarificatore del legislatore proteso quantomeno ad una chiara procedimentalizzazione dell'istituto in esame, introducendo esplicitamente la necessaria comunicazione del fermo amministrativo.

In questo stato di cose a fronte della lettura dell'art. 86 come novellato, si impone un'analisi rivolta a focalizzare ulteriori questioni di particolare rilievo rispetto all'impugnazione del preavviso di fermo. L'autorità giudiziaria adita ha il dovere, dunque, di sindacare la legittimità del provvedimento di fermo emesso dal concessionario in ordine, anzitutto, alla sua ragionevole e congrua motivazione, alla proporzionalità tra il mezzo adottato e l'entità del credito reclamato, alla legittimità della pretesa *ex se*. A questo punto, si potrebbe profilare l'ipotesi, nel caso in cui siano pendenti più giudizi avverso il medesimo provvedimento, di estendere l'eventuale pronuncia caducatoria di uno dei Giudicanti agli altri giudizi, in tal modo dilatando il giudicato esterno. Tanto anche perché, in senso contrario, il privato verrebbe leso nell'esplicazione del diritto di difesa. L'indipendenza e la *ratio* sottesa al sollevamento di questioni divergenti presso le varie sedi giudiziarie non può essere assunta a ragione valevole a ritenere circoscritta una pronuncia di annullamento di un provvedimento di fermo nei limitati confini di un giudizio. La valenza assunta da una statuizione di tal fatta non può essere confinata nell'alveo di un precedente giurisprudenziale che può o meno essere preso in considerazione. Anche l'Amministrazione creditrice dovrà in virtù di tale pronuncia giurisprudenziale riconoscere l'avvenuta caducazione del preavviso di fermo o del fermo stesso, intavolando un ulteriore procedimento avvalendosi dei correttivi espliciti nel precedente vincolante, e purificando il richiamato provvedimento dai vizi e dalle patologie riscontrate.

Ad ogni modo, allo stato, tuttavia, emerge l'inefficienza pratica di alcuni meccanismi processuali, che arrecano forti pregiudizi al diritto di difesa del privato e rendono ondivaghi gli strumenti adottati dai difensori, moltiplicando il rischio di giudicati confliggenti.

Si profila, pertanto, la violazione di principi costituzionali, in quanto la decisione non dipende dalla legge, ma dall'interpretazione del giudice adito, dal suo libero convincimento di aderire ad una corrente

giurisprudenziale piuttosto che ad un'altra, determinando il fallimento del principio di certezza del diritto e ingenerando confusione anche ai difensori.

6. Conclusioni

L'utilizzo smodato dell'istituto del fermo ha conculcato in maniera pregnante il privato, leso, per vero, nell'alveo dei suoi diritti fondamentali, quali quello al lavoro, al movimento e alla libertà di iniziativa economica. Sovente, infatti, l'Amministrazione ha inteso ordinare vincoli di fermo ponendo alla base degli stessi atti palesemente connotati di vizi genetici e strutturali, giammai valevoli a sostenere una misura affittiva di tal fatta. Tuttavia, nella prassi, le limitazioni connaturate al fermo di un veicolo hanno compulsato il privato ad addivenire in via immediata ad una definizione della procedura impositiva, ad onta di evidenti patologie rinvenibili negli atti procedurali del fermo. Si è concretata, dunque, una compromissione del diritto di difesa del contribuente. Appare, dunque, decisamente condivisibile al riguardo, l'opinione espressa dalle maggiori Associazioni consumeristiche, le quali hanno bollato il fermo amministrativo dei beni mobili registrati ritenendolo un mezzo *contra legem*, contestabile *ex se*. In materia emergono, a questo punto, con tutta la loro *vis* garantistica, le disposizioni dello Statuto del contribuente del 27 luglio 2000 n. 212. In esso si rimarca la necessità di rendere effettiva la conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati¹¹⁰, nonché di agevolare la dialettica con il medesimo attraverso l'invito a dispiegare chiarimenti o produrre documentazioni. Inoltre, l'obbligo di adeguata motivazione di tutti gli atti di accertamento o liquidazione di tributi, a pena di nullità, rappresenta una garanzia imprescindibile per il privato. Orbene, tali principi, nell'ottica della concreta realizzazione di una Amministrazione visionabile come una "casa di vetro", devono divenire statuizioni di immediata ed effettiva precettività al fine del superamento di ogni illegittimo e pregiudizievole utilizzo di strumenti legali in nome di una mera finalità dissuasiva di un comportamento inadempiente.

¹¹⁰ CAFARO, *Opposizioni alle cartelle esattoriali ed al fermo amministrativo - Le ragioni della giurisprudenza e la casistica dell'accoglimento - Controversie e soluzione*, cit., p. 36.

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 Aprile 2006, n.163 e ss. mm.)

Affidamento diretto ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c) del Codice dei contratti pubblici – La relativa determinazione costituisce esercizio di una prerogativa pubblicistica che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e, n.1

La contestazione, mossa da un terzo esterno al rapporto contrattuale, contro la decisione dell'Amministrazione di avvalersi del "quinto d'obbligo" e, dunque, di non procedere ad una gara, nemmeno provvisoria, e di ricorrere all'affidamento diretto invocando il presupposto della somma urgenza di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 163/2006 costituisce esercizio di un potere discrezionale e, dunque, di una prerogativa pubblicistica. La relativa controversia rientra pieno titolo nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), in materia di gare, non attenendo l'azione di annullamento (oltre che quella di risarcimento) proposta contro la asserita illegittimità di tale scelta a posizioni di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo, giacché non si controverte di questioni inerenti e interne allo svolgimento del rapporto contrattuale, ma all'esercizio o, meglio, al mancato esercizio di un potere pubblicistico – il mancato svolgimento della gara pubblica – da parte di un'Amministrazione tenuta al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale.

Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2015, n. 1081
Pres. Lignani, Est. Noccelli

Cauzione provvisoria – L'incameramento della cauzione ex art. 75 del Codice consegue alla mancata sottoscrizione del contratto per qualsiasi fatto dell'affidatario, senza che sia necessario svolgere alcuna indagine ulteriore rispetto all'accertamento dell'efficienza causale rispetto alla mancata sottoscrizione

L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 8 del 2012, ha sostenuto che "la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma

anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato. La segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale".

Si è quindi in presenza di una serie di adempimenti dovuti e collegati al mero fatto dell'affidatario, senza alcuna ulteriore indagine se non quella dell'efficacia causale in merito alla mancata sottoscrizione del contratto; del pari è del tutto doverosa, e collegata alla posizione istituzionale della stazione appaltante, la comunicazione fatta alla Procura della Repubblica, in vista dell'accertamento di eventuali fatti penalmente rilevanti, dove sarebbe stata rilevante, dal punto di vista penalistico, la mancata comunicazione all'ufficio requirente.

Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1321
Pres. Zaccardi, Est. Sabatino

Costi della sicurezza – I valori indicati nelle tabelle ministeriali non costituiscono un parametro inderogabile, ma solo un indice valutativo, e pertanto l'eventuale scostamento non determina ex se l'anomalia dell'offerta

Merita condivisione l'orientamento, già espresso dal Consiglio di Stato, secondo cui i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia.

Devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva; è invece ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva.

Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1743
Pres. Romeo, Est. D'Alessio

Costi della sicurezza – L'obbligo di indicare i costi della sicurezza per le offerte di lavori è desumibile dalla lettura combinata degli artt. 26 co. 6 d.lgs. 81/2008, 86 comma 3-bis e 87 comma 4 cod. app., a garanzia della sicurezza del lavoro

L'obbligo di procedere alla previa indicazione dei costi della sicurezza per le offerte di lavori, pur se non dettato expressis verbis dal legislatore, si ricava in modo univoco da un'interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia date dagli articoli 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008 e 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del Codice, in coerenza con la prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro, che ha fondamento costituzionale negli articoli 1, 2 e 4 e, specificamente, negli articoli 32, 35 e 41 della Costituzione, e trascende gli interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, rispettivamente di aggiudicare questi ultimi alle migliori condizioni consentite dal mercato e di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto dall'altro.

Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3

Pres. Giovannini, Est. Meschino

Costi della sicurezza "interni" – L'omessa indicazione nelle offerte per lavori dei costi della sicurezza interni integra un'ipotesi di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice degli appalti pubblici ex art. 46 e comporta l'esclusione dalla gara

Ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice, l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni configura un'ipotesi di «mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice» idoneo a determinare «incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta» per difetto di un suo elemento essenziale, e comporta perciò, anche se non prevista nella lex specialis, l'esclusione dalla procedura dell'offerta difettosa per l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, A.P. sentenza n. 9 del 2014), non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, di cui al comma 1 del medesimo articolo, non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale.

Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3

Pres. Giovannini, Est. Meschino

DURC – Il contenuto del certificato di regolarità contributiva involge un rapporto privatistico, la cui cognizione spetta al giudice ordinario

Oggetto di valutazione ai fini del rilascio del DURC è la regolarità dei versamenti, ed in questo ambito ciò che viene in rilievo non è un rapporto pubblicistico, bensì un rapporto obbligatorio previdenziale di natura privatisti-

ca; il rapporto sostanziale, di cui il DURC è mera attestazione, si consuma interamente in ambito privatistico, senza che su di esso vengano ad incidere direttamente o indirettamente poteri pubblicistici, per cui il sindacato sullo stesso esula dall'ambito della giurisdizione- ancorché esclusiva- di cui è titolare il giudice amministrativo in materia di appalti (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2013 n. 2682).

Ne deriva che gli eventuali errori contenuti nel DURC, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, potranno essere corretti dal giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, o a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria.

Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1321

Pres. Zaccardi, Est. Sabatino

Interdittiva antimafia – La considerevole dimensione dell'impresa o la moltitudine dei subappalti che essa affida non sono elementi idonei ad escludere, in via generale, la possibilità di condizionamenti mafiosi

Non può ritenersi, in generale, che un'impresa, solo perché molto grande e perché gestisce molti sub appalti, non possa essere ritenuta a rischio di condizionamento mafioso, se ha affidato una parte dei lavori in subappalto a società che risultano contigue alla criminalità organizzata. Anche da vicende (apparentemente) piccole e dai collegamenti che si possono determinare (anche) nei casi di subappalto possono trarsi ragionevolmente elementi di prova, o anche solo indiziari, di un collegamento di una grande impresa con la malavita organizzata, soprattutto se concorrono altri elementi.

Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2015, n. 1345

Pres. Romeo, Est. D'Alessio

Interdittiva antimafia – Qualora una grande impresa affidi in subappalto una porzione non consistente dei lavori ad un'impresa collegata alla malavita organizzata, in assenza di altri elementi non può ritenersi sussistente un condizionamento mafioso

In assenza di altri rilevanti elementi, non si può ritenere che una grande impresa sia condizionata dalla malavita organizzata solo per aver affidato in subappalto una porzione non consistente di lavori e per importi non particolarmente rilevanti ad un'impresa risultata collegata alla malavita organizzata, soprattutto se la grande impresa ha dimostrato di aver posto in essere procedure di controllo (anche antimafia) nella gestione dei subappalti e quando le imprese alle quali è stato affidato il subappalto non sono state a loro volta destinatarie di provvedimenti interdittivi.

Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2015, n. 1345

Pres. Romeo, Est. D'Alessio

Offerta economica – Costo della manodopera – In sede di valutazione delle offerte, deve tenersi conto delle possibili economie che le imprese possano conseguire, anche con riferimento al costo del lavoro, nel rispetto della legge

Dall'esame degli artt. 82, comma 3-bis, 86, comma 3-bis, e 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici si desume che la non ribassabilità del costo della manodopera comporta la possibile indicazione nella lex specialis del costo del lavoro, quantificato sulla base della contrattazione collettiva nazionale di settore e dalle tabelle ministeriali (art. 82, comma 3-bis, e art. 86, comma 3-bis).

Posto che i costi apprezzati dalla stazione appaltante sono costi medi, tipologici, che non vincolano tutte le imprese (diverse per natura, caratteristiche, agevolazioni e sgravi fiscali ottenibili), è necessario considerare, in sede di valutazione delle offerte, aspetti che riguardano le diverse imprese, con la conseguenza che ai fini della valutazione della migliore offerta si possa tenere conto anche delle possibili economie che le stesse possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi.

Ne deriva che, se i costi del personale sono indicati come non ribassabili, ciò non impedisce che, qualora l'impresa dimostri di poter sostenere, per tale voce di costo, oneri inferiori, possa comunque compensare, con le eventuali (dimostrate) relative economie, i costi da sostenere per le altre voci (o possa anche conseguire un utile maggiore).

Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1743

Pres. Romeo, Est. D'Alessio

Requisiti di moralità– Dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del Codice – Autoresponsabilità dei concorrenti – In caso di dichiarazione non veritiera, la stazione appaltante non vanta margini di discrezionalità in relazione all'esclusione dalla gara

L'art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, consente all'Amministrazione di valutare i precedenti professionali delle imprese concorrenti e, quindi, di tener conto anche di rapporti contrattuali intercorsi con P.A. diverse, al fine di stabilire il grado di capacità tecnico-professionale dell'esecuzione della prestazione che forma oggetto del contratto, in ossequio ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione appaltante. Ne deriva che ove il concorrente ometta di indicare alla stazione appaltante la revoca dell'aggiudicazione subita, la dichiarazione da egli prodotta non risulta veritiera, con conseguente decadenza dai benefici eventualmente conseguiti ex art. 75 T.U. 28 dicembre 2000 n. 445, (e quindi nel caso l'esclusione dalla gara), senza che residui alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni, non richiedendosi alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante, facendo invece leva sul principio di auto responsabilità.

Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1379

Pres. Torsello, Est. Tarantino

Responsabilità precontrattuale della PA – la risarcibilità dell'interesse negativo presuppone l'accertamento definitivo dell'inutilità delle spese sostenute dal concorrente, mentre ciò non avviene qualora la stazione appaltante potrebbe decidere di proseguire la gara

In caso di revoca della gara, non può riconoscersi il risarcimento del danno patito per i costi affrontati in previsione della stessa, qualora non sia definitivamente accertata la sua non perseguibilità.

Più in dettaglio, non può considerarsi inutile l'esborso patrimoniale in una fase in cui l'Amministrazione, dopo aver rivalutato adeguatamente la situazione, ben potrebbe disporre la prosecuzione, con la possibilità di soddisfacimento del suo c.d. interesse positivo; in detta situazione, difatti, risulta carente il presupposto per la risarcibilità del c.d. interesse negativo consistente nella definitiva accertata inutilità delle spese sostenute per la partecipazione alla gara in conseguenza di un comportamento dell'Amministrazione contrario alla buona fede in fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), rimanendo tuttora incerta la sorte della gara, dopo l'annullamento della sua revoca.

Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2015, n. 1081

Pres. Lignani, Est. Noccellì

Risarcimento in forma specifica – non può accogliere la domanda finalizzata ad ottenere la condanna della stazione appaltante alla ripresa della gara, pena un'invasione dell'area di discrezionalità riservata all'amministrazione ed insindacabile dal GA, anche in sede risarcitoria

In seguito all'annullamento della revoca del bando di gara, non può accogliere la domanda di risarcimento in forma specifica finalizzata ad ottenere la condanna dell'Amministrazione alla ripresa della gara, all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e all'aggiudicazione della gara e, cioè, a conseguire un bene della vita garantito da un facere pubblicistico infungibile.

La discrezionalità amministrativa non si esaurisce dopo la pronuncia di annullamento, ma permane in capo all'Amministrazione, a cui compete riesaminare la propria scelta dopo l'annullamento della revoca, e valutare, alla luce di una adeguata istruttoria, se sia più opportuno o conveniente, per l'interesse pubblico affidato alla sua cura, proseguire nella gara o internalizzare il servizio.

Trattasi di un incomprimibile potere discrezionale di riesame a cui non può sostituirsi, nemmeno in via risarcitoria, il giudice amministrativo, se non nell'ipotesi in cui tale potere si sia definitivamente e totalmente consumato in seguito al giudicato amministrativo; diversamente il giudice sarebbe chiamato a giudicare di un potere amministrativo non ancora esercitato, in violazione di quanto prevede l'art. 34, comma 2, c.p.a.

Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2015, n. 1081

Pres. Lignani, Est. Noccellì

Verifica ai sensi dell'art.48 del Codice – Ha per oggetto sia i requisiti di capacità economica e tecnica sia i requisiti di moralità ex art. 38

La verifica a campione di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 non concerne soltanto i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese partecipanti, ma anche le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta e, quindi, riguarda tutti i requisiti oggetto di dichiarazioni successivamente verificabili, non esclusi quelli di ordine generale di cui al precedente art. 38, essendo finalizzata a garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, anche con specifico riferimento ai principi di speditezza ed economicità.

Opinando diversamente, risulterebbe del tutto incongruo e defatigante prevedere la verifica anche nei confronti di concorrenti che non abbiano prodotto una documentazione o un'offerta almeno formalmente corretta, rischiandosi così di dilatare inutilmente i tempi del procedimento di scelta del miglior contraente possibile e di arrecare un rilevantissimo danno agli interessi pubblici che l'amministrazione intende garantire e tutelare con l'affidamento dell'appalto.

Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 1619

Pres. Torsello, Est. Saltelli

Verifica ai sensi dell'art. 48 del Codice – Va circoscritta alle dichiarazioni fornite in precedenza dal concorrente, a nulla rilevando l'oggettiva titolarità del requisito in forza di elementi estranei a tale dichiarazione

La verifica ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 è limitata a quanto dichiarato in precedenza dal concorrente, alla luce della documentazione giustificativa da questi in seguito prodotta, non potendo rilevare il fatto di essere comunque oggettivamente titolare del requisito in discussione in forza di precedenti non menzionati nella propria dichiarazione di gara.

La dichiarazione falsa o incompleta è già di per se stessa lesiva degli interessi considerati dalla normativa, a prescindere dal fatto che l'impresa nella sostanza possa avere i requisiti per partecipare alla gara; argomentando altrimenti le dichiarazioni rese in sede di offerta sarebbero prive di impegnatività e liberamente modificabili nel prosieguo della procedura, in violazione del principio di auto responsabilità dei concorrenti – tenuti ad una diligente collaborazione di buona fede con le stazioni appaltanti – e del termine perentorio previsto per la presentazione delle offerte, anche per ragioni di par condicio.

Cons. Stato, sez. V, 09 marzo 2015, n. 1170

Pres. Pajno, Est. Gaviano

Verifica ai sensi dell'art. 48 del Codice – Il termine ha natura perentoria

In seguito alla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 25 febbraio 2014, n. 10, il termine di dieci giorni previsto ex art. 48 d.lgs. 163/2006 – entro il quale deve provarsi il possesso dei requisiti da parte degli offerenti interpellati, dell'aggiudicatario e dell'offerente secondo in graduatoria – deve considerarsi perentorio, trattandosi di un adempimento essenziale per la definizione del procedimento in connessione con il suo scopo ed assicurandosi così la speditezza e celerità del procedimento stesso.

Il termine previsto per la presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato è lo stesso previsto dal primo comma (dieci giorni dalla data della richiesta) e non vi sono motivi per ritenere che le disposizioni dei due commi, fondate sulla stessa ratio e coordinate con il rinvio del secondo al primo, si differenzino poi per la durata del periodo fissato per l'adempimento, non emergendo alcuna specificità in tal senso nel comma secondo.

Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1419

Pres. Baccharini, Est. Lopilato

Diritto tributario

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E CONTENZIOSO TRIBUTARIO	172
di Carlo Buonauro	
RASSEGNA DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA TRIBUTARIA	177



Ragionevole durata del processo e contenzioso tributario

abstract

Expanding access to justice and the type of tax rulings therein achieved has placed the issue of relations between the principle of reasonable duration of the process (and its fine for infringement) and the structure and nature of the tax process were again, also as a result of increasing demands for indemnification arising from temporal dysfunction in this context the courts. Recently it has ruled on the Supreme Court, Section VI, with the judgment of 3 March 2015, n. 4282: on the one hand, reaffirmed the principle that the rules of fair reparation for failure to comply with the reasonable period referred to in Article 6, paragraph 1, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which introduced by the Law of 24 March 2001, n. 89, Article 2 et seq., And not 'applicable to proceedings in tax matters involving the taxing State, given the strangeness' and irreducibility of such disputes in the framework of disputes in civil matters, which has regard to the abovementioned provision covenantal. They have also introduced significant exceptions for borderline situations: between this judgment of tax compliance (art. 70 Legislative Decree 546/92). From this starting point the work aims to unveil new lines of inquiry and innovative perspectives in the sense of enlargement of the values of fullness and effective legal protection.

keywords

Tax process – term process – compensation for delays.

abstract

L'ampliamento dell'accesso alla giustizia tributaria e la tipologia delle statuizioni ivi conseguibili ha posto il tema dei rapporti tra il principio di ragionevole durata del processo (e relativa indennità in caso di violazione) e la struttura e natura del processo tributario sono stati nuovamente, anche a seguito di sempre più frequenti richieste indennitarie scaturenti da disfunzioni temporali in tale contesto giurisdizionale. Recentemente si è pronunciata al riguardo la Suprema Corte di Cassazione, VI Sezione, con la sentenza 3 marzo 2015, n. 4282: da un lato, ha riaffermato il principio per cui la disciplina dell'equa riparazione per mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale introdotta dalla Legge 24

marzo 2001, n. 89, articolo 2 e ss., non è applicabile ai giudizi in materia tributaria involgenti la potestà impositiva dello Stato, stante l'estraneità e irriducibilità di tali vertenze al quadro di riferimento delle liti in materia civile, cui ha riguardo la citata norma pattizia. Dall'altro hanno introdotto significative eccezioni per situazioni di confine: tra questo il giudizio di ottemperanza tributaria (art. 70 d.lgs 546/92). Da questo spunto il lavoro mira a disvelare nuove linee di indagine e prospettive innovative nel senso dell'ampliamento dei valori della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

parole chiave

Processo tributario – durata processo – indennità da ritardo.

sommario

1. Il quadro normativo e le questioni aperte: Corte di Cassazione, VI Sezione, sentenza 3 marzo 2015, n. 4282. – 2. La vicenda processuale ed i principi di diritto. – 3. Le eccezioni di confine. – 4. Conclusioni e linee di indagine.

1. Il quadro normativo e le questioni aperte: Corte di Cassazione, VI Sezione, sentenza 3 marzo 2015, n. 4282

La *vis expansiva*, sia nella ricostruzioni dottrinali¹ che nella giurisprudenza di legittimità e nello stesso sistema normativo, del modello della riparazione del danno per eccessiva durata del processo ha recentemente posto di nuovo in evidenza il tema dei suoi rapporti con il processo tributario², in quanto omnicomprensivamente connessa a disfunzioni della macchina giurisdizionale.

Sono noti sia i riferimenti costituzionali ed internazionali di tale materia, sia gli sviluppi legislativi a se-

¹ Sia consentito, anche per ulteriori richiami alla sconfinata letteratura sul tema, in rinvio a C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim* e pp. 757 e ss.

² Ampi e puntuali riferimenti in N. DURANTE, *Compatibilità dell'assetto ordinamentale della giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it. In generale, sulla tematica, cfr. anche DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, in <http://www.scigiur.unich.it/wrkpapers/delfederico7.pdf>.

guito di una vera e propria alluvione di ricorsi: quanto al primo profilo, da un lato, vengono in rilievo la modifica dell'art. 111 della Carta fondamentale a seguito della l. cost. 23.11.99, n. 2. – inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione – con cui il principio della “ragionevole durata del processo” – già ricostruito indirettamente dalla Corte costituzionale anche pochi giorni prima della novella legislativa³ – è stato elevato a canone della nostra *Grundnorm*; dall'altro e ben prima, viene in linea di conto la previsione di cui all'art. 6.1. della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, stipulata a Roma il 4.11.50 e ratificata dall'Italia con l. 4.8.55, n. 848, a mente della quale “ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale e costituito per legge”.

Si tratta di una disposizione per molti versi doppiata dall'art. 47.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea – proclamata a Nizza il 7.12.2000 – secondo cui “ogni individuo ha diritto a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge”.

Quanto a secondo profilo, è noto come a fronte di uno tsunami di ricorsi depositati presso la Corte di Strasburgo proprio in tema di danni per irragionevole durata del processo, sia stata varata la l. 24.3.2001, n.

³ Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 338, *GCost*, 1999, 2991, secondo cui il nucleo essenziale della tutela costituzionale che viene richiesta riguarda il diritto al giudizio: l'effettività della tutela dei propri diritti cui è preordinata l'azione, ed in definitiva la stessa efficacia della giurisdizione, si combina con la durata ragionevole del processo. Garanzia, quest'ultima, la cui fonte il giudice rimettente individua nell'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla quale, pur se resa esecutiva in Italia con legge ordinaria, egli attribuisce un valore obbligante per il legislatore nazionale in forza dell'art. 11 della Costituzione.

Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale (tra le molte sentenze n. 188 del 1980 e n. 315 del 1990), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (sentenza n. 172 del 1987), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sentenza n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione. Ciò che, appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 della Costituzione, che implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia (sentenza n. 345 del 1987).

89 – equa riparazione violazione termine ragionevole processo e modifica art. 375 c.p.c. – nota nella vulgata come Legge Pinto, il cui art. 2 (Diritto all'equa riparazione) sancisce che “chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione”.

In particolare, il tema dei rapporti tra questo micro-sistema normativo e la struttura e natura del processo tributario sono stati nuovamente posti in evidenza attraverso il riemergere di richieste indennitarie scaturenti da disfunzioni temporali in tale contesto giurisdizionale e recentemente giunti all'esame del giudice di legittimità interno nella vicenda processuale definita dalla Suprema Corte di Cassazione, VI Sezione, con la sentenza 3 marzo 2015, n. 4282.

2. La vicenda processuale ed i principi di diritto

Il pronunciamento dei giudici di legittimità prende le mosse da un ricorso presentato da un contribuente che, avendo proposto domanda di equo indennizzo per l'eccessiva durata di un processo tributario articolatosi nei tre gradi *illo tempore* previsti (Commissione tributaria di primo e di secondo grado e alla Commissione tributaria centrale, sezione di Roma), per il rimborso di ritenute fiscali operate sull'indennità di buonuscita, ai sensi dell'articolo 5-ter della legge n. 89 del 2001, *ex*, del 22.3.2013 si oppone dinanzi alla Corte d'appello al decreto col quale era stata respinta la sua domanda di equo indennizzo.

A seguito delle difese del Ministero dell'Economia e delle Finanze (in rito, nullità dell'opposizione per omessa notifica del ricorso e del decreto di rigetto, e nel merito ne chiedeva la reiezione attesa la natura propriamente tributaria della controversia), la Corte d'appello, con decreto del 6.9.2013, rigetta l'opposizione e ai sensi della Legge n. 89 del 2001, articolo 5-*quater*, (applicava al ricorrente la sanzione di euro 1.000,00 per la manifesta infondatezza dell'opposizione): secondo la corte distrettuale, se va esclusa la necessità di notifica del ricorso e del decreto di rigetto (poiché ai sensi dell'articolo 5-ter, comma 2, legge citata all'atto d'opposizione si applica l'articolo 125 c.p.c.), nondimeno nel merito non può trovare ingresso la domanda di indennizzo da irragionevole durata del processo per difetto di requisito oggettivo e inapplicabilità della normativa di riferimento, posto che nella vicenda *de qua* la domanda di rimborso oggetto del contenzioso tributario presupposto non si basava sull'allegazione di un mero errore di calcolo, ma riguardava l'esattezza o meno della tassazione.

Da qui il ricorso per Cassazione con cui il contribuente articola due ordini di censure: per un verso, la

violazione e falsa applicazione della Legge n. 89 del 2001, articolo 2, e dell'articolo 6 CEDU (atteso che, secondo la sua prospettazione, il giudizio presupposto aveva ad oggetto non una pretesa impositiva dell'amministrazione ma il rimborso di ritenute fiscali indebitamente operate, e dunque una pretesa di natura privatistica, cui si applicano le norme citate; e, per altro verso, l'omessa motivazione su di un punto decisivo, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 4, e la violazione e falsa applicazione della Legge n. 89 del 2001, articolo 5-*quater* (opinando nel senso che la corte territoriale abbia ritenuto manifestamente infondata la pretesa indennitaria, ancorché sia tutt'altro che pacifica e scontata la soluzione della questione riguardante l'applicabilità della legge n. 89/01 alle controversie aventi ad oggetto il rimborso di somme versate dal contribuente al fisco).

Gli ermellini danno atto della parziale novità della questione posto che analogo caso è stato deciso solo dalla recente Cass. n. 22872/14, allo stato non massimata (e da qui la statuizione per cui tale circostanza costituisce eccezionale ragione per compensare integralmente le spese): ed, infatti, da un lato si ribadisce il principio di diritto per cui la disciplina dell'equa riparaazione per mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale introdotta dalla Legge 24 marzo 2001, n. 89, articolo 2 e ss., non è applicabile ai giudizi in materia tributaria involgenti la potestà impositiva dello Stato, stante l'estraneità e irriducibilità di tali vertenze al quadro di riferimento delle liti in materia civile, cui ha riguardo la citata norma pattizia (Cass. nn. 15604/06, 8035/06, 21651/05, 21404/05⁴, 17139/04 e 11350/04). Soprattutto, in parte qua, il Supremo Collegio ribadisce che – secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵ e la sua valenza conformativa, in termini

di diritto vivente, rispetto alla definizione e delimitazione della portata applicativa della fattispecie disciplinata articolo 6 par. 1 della Convenzione – non è, infatti, la natura pecuniaria delle obbligazioni a rendere sempre e comunque applicabile il richiamato articolo 6 cit., ma solo il carattere civile delle stesse, cui si contrappongono le obbligazioni di natura pubblicistica, le quali derivino dall'applicazione di tributi o traggano in ogni caso origine da doveri pubblici, onde la conclusione secondo cui, rientrando la materia fiscale “ancora nel nocciolo duro delle prerogative attinenti alla sovranità statale ed (essendo) sotto questo profilo tuttora dominante la qualifica pubblicistica del rapporto obbligatorio di imposta tra Stato sovrano e contribuente”, il contenzioso tributario non rientra nell'ambito dei diritti e delle obbligazioni di carattere civile, malgrado gli effetti patrimoniali che esso necessariamente produce nei confronti dei contribuenti.

Dall'altra parte – e qui in maniera parzialmente innovativa e maggiormente rilevante ai fini che qui rilevano – la Corte perimetra e corregge l'assolutezza della precedente affermazione introducendo una serie di deroghe ed eccezioni, che, aprendo una breccia nella graniticità della posizione di principio, posso essere foriere di una vera e propria inversione di prospettiva e progressivo allargamento: si allude non tanto alla fattispecie e correlative controversie riguardanti sanzioni tributarie, atteso che, sia per consolidata giurisprudenza interna⁶ sia per parallela posizione pretoria della Corte di Strasburgo – le stesse fanno eccezione alla regole della ordinaria insussumibilità nel paradigma *ex art. 6* Convenzione in quanto assimilabili a sanzioni penali per il loro carattere affittivo, che sia a tal punto significativo da farle apparire alternative a una sanzione penale, ovvero a una sanzione che, in caso di mancato adempimento, sia commutabile in una misura detentiva.

3. Le eccezioni di confine

Soprattutto vengono in linea di conto una serie di “eccezioni di confine”, in cui cioè l'area della materia civile non è agevolmente distinguibile da quella tributaria, tanto è vero che, pur colorate in quest'ultima tinta (tanto da radicare, secondo l'ampio spettro ormai assunto dall'art. 2 del d.lgs. 46/92, la giurisdizione del giudice speciale tributario), nondimeno sono riferibili alla “materia civile”; una zona grigia in cui dietro la forma dello schema tributario si cela la sostanza di un rapporto giuridico privatistico. In particolare, i giudici di legittimità attraggono a tale area mista o di reciproca interferenza settoriale due sottoinsiemi di controverse:

(v. anche, le sentenze 23 luglio 2002, Janosevic contro Svezia, e 23 novembre 2006, Jussila contro Finlandia).

⁶ Cfr., da ultimo, rispettivamente Cass. n. 510/14 e Cass. n. 13322/12.

⁴ Nella parte motiva di tale pronuncia, in particolare, si trae la rilevante argomentazione per cui tale conclusione deriva dal “valore conformativo, in termini di diritto vivente, che riveste la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente alla definizione e delimitazione della portata applicativa della fattispecie disciplinata dalla norma Europea (articolo 6 par. 1 cit.)”, sicché la “simmetria tra i due piani (interno ed internazionale) di tutela dei diritti dell'uomo – coesistente (...) all'attuazione del principio di sussidiarietà che deve ricondurli a sistema – si realizza. (...) conformando la fattispecie violata, alla quale è ricollegata l'equa riparaazione di cui alla Legge n. 89 del 2001, a quella designata dalla norma comunitaria di riferimento, come in concreto (quest'ultima) vive attraverso l'esegesi della Corte di Strasburgo”.

⁵ Cfr., *ex multis*, sentenza del 12 luglio 2001, Ferrazzini contro Italia ad cui emerge la stringente conclusione secondo cui, rientrando la materia fiscale “ancora nel nocciolo duro delle prerogative attinenti alla sovranità statale ed (essendo) sotto questo profilo tuttora dominante la qualifica pubblicistica del rapporto obbligatorio di imposta tra Stato sovrano e contribuente”, il contenzioso tributario non rientra nell'ambito dei diritti e delle obbligazioni di carattere civile, malgrado gli effetti patrimoniali che esso necessariamente produce nei confronti dei contribuenti

a) da un lato – e ciò rileva specificamente con riguardo al caso oggetto del giudizio di cassazione⁷ – le richieste di rimborso di somme, rifluenti nell'area delle obbligazioni privatistiche, con la precisazione che tali non sono le controversie riguardanti il rimborso di imposte che il privato ritenga indebitamente trattenute, poiché il relativo diritto non è accertato secondo i principi di diritto civile sulla ripetizione di indebito, ma in base all'esistenza o meno del potere impositivo⁸.

b) dall'altro le cc.dd. cause tributarie consequenziali o derivate, cioè controversie riguardanti pretese del contribuente che, in negativo non riguardano *principaliter* la determinazione del tributo e che, in positivo, concernono in via derivata ed a mo' di corollari di quest'ultima questione, solo aspetti consequenziali. Nella conseguente esemplificazione, assume rilievo paradigmatico – accanto all'ipotesi di giudizio relativo all'identificazione soggettiva del titolare di un credito di imposta non contestato nell'*an* e nel *quantum*⁹ – l'ipotesi casistica del giudizio di ottemperanza ad un giudicato tributario Decreto Legislativo n. 546 del 1992, *ex* articolo 70¹⁰.

4. Conclusioni e linee di indagine

Si tratta, come è noto, al pari dell'omologo istituto tradizionalmente proprio del processo amministrativo ed utilizzato prima della riforma del '92 anche per l'attuazione delle sentenze tributarie, di un giudizio la cui funzione è quella di garantire la concreta esecuzione di una pronuncia giurisdizionale che accerti la illiceità di un comportamento o la illegittimità di un atto o di un fatto della P.A., obbligandola pertanto, in via con-

formativa, ad un determinato comportamento volto a rimuoverne gli effetti per assicurare la fruttuosità pratica del *dictum* giudiziale¹¹. I suoi presupposti, correlativamente, sono costituiti da una sentenza passata in giudicato; dall'inadempimento dell'Amministrazione finanziaria e dell'ente locale impositore all'obbligo di conformarsi al giudicato stesso; l'infruttuosa scadenza del termine entro il quale per questi soggetto è prescritto dalla legge l'adempimento dell'obbligo posto a carico della sentenza ovvero, in mancanza di tale termine, dopo trenta giorni dalla loro messa in mora a mezzo di ufficiale giudiziario e fino a quando l'obbligo non sia estinto.

In questa sede giova ricordare i rapporti tra modello dell'ottemperanza (in generale ed in specie *ex* articolo 70 Decreto Legislativo n. 546 del 1992) ed il rimedio dell'esecuzione forzata processual-civiltistico: ed, invero, la ricordata inclusione del giudizio di esecuzione tributario nelle quadro delle garanzie e dei rimedi *ex* art. 6 Convenzione riposa evidentemente anche sul rilievo per cui esso si presenta, rispetto al modello dell'esecuzione disciplinata dal c.p.c. (e pacificamente sussunto nel paradigma normativo europeo), come strumento funzionalmente omologo ad quest'ultimo (in quanto volti a garantire la fruttuosità pratica dei *dicta* giudiziali), ancorché strutturalmente eterogeneo (perché costruiti lungo il modello dell'ottemperanza, per effetto del quale non vi è un'aggressione *ab externo* sul patrimonio pubblico dell'ente debitore attraverso l'azione dell'ufficiale giudiziario, ma un intervento *ab interno* per il tramite di operazioni sostitutive e la nomina di commissari *ad acta*).

Ciò che verrebbe confermato proprio dall'espressamente previsto rapporto di fungibilità tra i due strumenti, per effetto della "salvezza" espressamente prevista dall'*incipit* del citato art. 70 D.Lgs. 546/1992. Ed, invero, discussa in dottrina¹², la questione del rap-

⁷ Qui, infatti, il giudizio presupposto aveva ad oggetto il diritto del contribuente al rimborso di una ritenuta fiscale sull'indennità di buonuscita asseritamente indebita, senza che lo stesso involgesse i modi e i termini della ripetizione di un indebito altrimenti già accertato fra le parti. Per cui, conclude la Corte, "è del tutto irrilevante che l'azione fosse diretta alla condanna dell'amministrazione finanziaria a restituire l'importo trattenuto, piuttosto che al solo accertamento negativo di una pretesa tributaria non ancora realizzata. Nell'un caso come nell'altro, l'oggetto del contendere era costituito dalla fondatezza o meno dell'imposizione e dunque riguardava un rapporto obbligatorio interamente disciplinato da norme di diritto pubblico, con conseguente sottrazione della controversia alla materia civile di cui all'articolo 6, paragrafo 1 CEDU". Infine, a chiusura del sillogismo decisionale, si osserva, quanto al distinto motivo di ricorso relativo all'applicazione della sanzione processuale di cui alla Legge n. 89 del 2001, articolo 5-*quater*, che esso esprime l'esercizio di un potere discrezionale del giudice di merito, come tale non sindacabile in sede di legittimità se non per l'ipotesi di eccedenza tecnica rispetto alle condizioni di legge (inammissibilità o manifesta infondatezza), laddove, conclude la Corte, "condizioni la cui ricorrenza nella specie, invece, deriva dall'illustrata estraneità della materia tributaria all'ambito applicativo dell'articolo 6 CEDU".

⁸ Cfr. Cass. nn. 2371/11, 13657/07 e 21403/05.

⁹ Cfr. Cass. n. 3270/11.

¹⁰ Tra i diversi studi sull'istituto, ampi riferimenti in BLANDINI, *Il giudicato tributario ed il giudizio di ottemperanza*. www.corsomagistratitributari.unimi.it.

¹¹ In tal modo anche nel processo tributario si attua e si garantisce il cd. diritto all'esecuzione, quale prerogativa costituzionalmente presidiata dai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale *ex* artt. 24 e 113 Cost., rispetto a cui i giudici del Palazzo della Consulta hanno ripetutamente affermato il principio di diritto per cui "la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente garantita" (cfr. Corte Costituzionale sent. 8 settembre 1995 n. 419).

¹² L'intera gamma delle possibili opzioni ermeneutiche è stata così riassunta (BRUZIO, *Blocco delle esecuzioni contro la P.A., giudizio di ottemperanza e dubbi di legittimità costituzionale*, in www.StudioCataldi.it), secondo alcuni la cumulabilità non sarebbe possibile poiché il legislatore avrebbe individuato rimedi diversi per situazioni diverse: l'esecuzione forzata per la condanna al pagamento di somme di danaro e l'ottemperanza per le obbligazioni di fare. Secondo altri l'esperimento dell'esecuzione forzata sarebbe propedeutica all'ottemperanza: solo qualora l'esecuzione forzata prevista dal c.p.c. sia risultata infruttuosa sarà possibile esperire il giudizio di ottemperanza. Secondo altri ancora la coesistenza tra le due procedure è possibile solo (e soltanto) qualora oggetto di ognuna di esse siano pretese diverse nascenti dalla stessa sentenza

porto tra ottemperanza tributaria e l'esecuzione forzata del c.p.c., è stata risolta dalla Corte di Cassazione nel senso della cumulabilità e contestualità ovvero per l'alternatività e concorrenza delle suddette procedure, ribadendosi il principio di diritto per cui "l'esecuzione forzata ordinaria secondo le norme del codice di procedura civile e l'esecuzione in sede tributaria secondo il giudizio di ottemperanza sono mezzi di tutela concorrenti e cumulabili, che possono essere esperiti anche contestualmente affinché la pretesa creditoria sia attuata." (Cassazione n. 358/2004). Di qui, la possibilità di una lettura estensivo-analogica che, proprio sulla scorta dell'evidenziata *eadem ratio* e del fondamento assiologico della possibilità di esperire i due rimedi processuali contestualmente (e, cioè, il valore di conferire al ricorrente il grado massimo di tutela, attuabile appunto, mediante la possibilità di ottenere quanto determinato o determinabile nella sentenza di condanna nel più breve tempo possibile e, quindi, ricorrendo anche simultaneamente ai due rimedi), vada ad estendere anche all'ottemperanza tributaria le garanzie di cui all'art. 6 Convenzione.

Nondimeno una diversa opzione ermeneutica potrebbe discendere proprio dal rilievo per cui il giudizio tributario di ottemperanza (e gli eventuali provvedimenti del commissario *ad acta* in quella sede nominato) non è strutturalmente assimilabile ad un'esecuzione civilistica *stricto sensu*, mantenendo una propria specificità con conseguente diversa giustificazione della sua sottrazione dal principio dell'estraneità dell'art. 6 convenzione alla materia tributaria.

Da questo punto di vista va nuovamente rimarcata la differenza non tanto di finalità quanto piuttosto di effetti tra il meccanismo processuale del giudizio di ottemperanza ed il modello giuridico delle procedure esecutive civilistiche.

Pur in presenza del comune presupposto (sentenza passata in giudicato o provvedimento giurisdizionale ad essa equiparato che disponga la condanna dell'ente pubblico al pagamento di una somma di danaro) e della medesima dimensione teleologica (soddisfazione della pretesa pecuniaria ivi consacrata), nel modello dell'ottemperanza non vi è l'aggressione esecutiva del creditore su specifici cespiti della P.A. (attraverso il pignoramento prima e la susseguente attività di assegnazione o vendita per la loro conversione in somme di danaro in vista del coattivo adempimento) con conseguente sottrazione alla loro destinazione funzionale,

nel senso che l'esperimento di una procedura per la realizzazione di una pretesa non può contemporaneamente farsi valere anche nell'altra e, quindi, ciò che viene fatto valere nella seconda procedura deriva dalla sottrazione di quanto complessivamente deve ottenersi con quanto è stato già fatto valere nella prima. Altri, infine, ritengono che le due procedure possano esperirsi, a scelta del ricorrente e sempre che oggetto dell'adempimento sia una somma di danaro, alternativamente o cumulativamente. Attualmente quest'ultima tesi è quella che ha riscosso maggior favore sia in dottrina che in giurisprudenza.

bensì si assiste all'intervento sostitutivo del giudice che, in via immediata o più spesso con l'ausilio del nominato commissario *ad acta*, dall'interno opera in luogo dell'amministrazione inottemperante nel compimento degli atti necessari per l'adempimento del debito (variazione di bilancio, riconoscimento di debiti fuori bilancio, accensione di finanziamenti, attivazione di mutui, ecc.)¹³.

Ne consegue che se l'attuazione tipica e propria delle sentenze tributarie mediante il modello del giudizio di ottemperanza, per forza propria (e non per assimilazione al processo esecutivo civile), risulta presidiata dalle tutele indennitarie per irragionevole durata del processo, occorre ripensare alla persistente validità della posizione ermeneutica che in via ordinaria nega che la disciplina dell'equa riparazione per mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale introdotta dalla Legge 24 marzo 2001, n. 89, articolo 2 e ss., sia applicabile ai giudizi in materia tributaria, proprio perché i richiamati valori a sostegno di tale indirizzo (coinvolgimento della potestà impositiva dello Stato, l'estraneità e irriducibilità di tali vertenze al quadro di riferimento delle liti in materia civile cui ha riguardo la citata norma pattizia) assumono meno pregnanza in un quadro assiologico maggiormente orientato sul versante dei valori individuali della tutela della persona e del diritto ad una tutela piena, effettiva e ragionevolmente celere anche – e soprattutto – nelle controversie nei confronti di enti pubblici (o soggetti ad essi equiparati) titolari di poteri e funzioni di imposizione e riscossione tributaria.

¹³ Si è al riguardo osservato (BRUZIO, *cit.*) che le, tale procedura amministrativa non incide direttamente sui beni, mobili o immobili, che la P.A. utilizza per l'erogazione dei servizi pubblici, né sulle somme che in base alla legge sono destinate all'erogazione degli stessi. Ciò, invece, accade nel processo di esecuzione in senso stretto, caratterizzato dal pignoramento, il quale, da un lato, produce l'effetto giuridico di vincolare determinati beni del debitore al soddisfacimento del creditore e, dall'altro, è prodromico alla soddisfazione coattiva del credito mediante l'assegnazione o la vendita, secondo la disciplina posta dagli artt. 491 e seguenti del codice di procedura civile.

Rassegna delle sentenze della Corte di Cassazione in materia tributaria

CORTE DI CASSAZIONE

Avviso di accertamento *ante tempus* – Statuto dei diritti del contribuente – Verifica fiscale – Contraddittorio procedimentale – Motivi di urgenza – Principi di collaborazione e buona fede

L'avviso di accertamento emesso prima di 60 giorni dalla chiusura delle indagini, senza particolari motivi di urgenza, è nullo a prescindere dalla violazione del contraddittorio e dei diritti del contribuente. Infatti, l'inosservanza del termine dilatorio di 60 giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento – termine decorrente dal rilascio al contribuente, nei cui confronti sia stato effettuato un accesso, un'ispezione o una verifica nei locali destinati all'esercizio dell'attività, della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni – determina di per sé, salvo che ricorrano specifiche ragioni di urgenza, l'illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus*, poiché questo termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva. Il vizio invalidante non consiste nella mera omessa enunciazione nell'atto dei motivi di urgenza che ne hanno determinato l'emissione anticipata, bensì nell'effettiva assenza di questo requisito (esonerativo dall'osservanza del termine), la cui ricorrenza, nella concreta fattispecie e all'epoca di tale emissione, non è stato dimostrato dall'amministrazione finanziaria.

Cass. civ., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 4543
Pres. ed Est. M. Cicala

Imposta sostitutiva – Rifinanziamento delle imprese – d.P.R. 601/1973 – Scopo del finanziamento – Requisiti di applicabilità dell'imposta sostitutiva

Requisito di applicabilità per l'imposta sostitutiva sui finanziamenti è anche lo scopo per cui essi vengono concessi: il prelievo dello 0,25% è possibile solo se trattasi di "investimento produttivo", idoneo, cioè, a produrre nuova ricchezza, sulla quale potrà più adeguatamente applicarsi il prelievo fiscale. La sentenza 695/2015 della Corte di Cassazione ha quindi stabilito che le operazioni di rifinanziamento non meritano

l'imposta sostitutiva, ma devono essere colpite da tassazione ordinaria, in quanto erogazioni non finalizzate ad investimento produttivo. E ciò in quanto, sostiene la Suprema Corte, le disposizioni che prevedono delle agevolazioni tributarie, quali quelle che sull'imposta sostitutiva, sono norme di stretta interpretazione. Tale principio di diritto, pur se applicato già in altre occasioni, risulta in contrasto sia col dato legislativo, che non menziona la meritevolezza dello scopo del finanziamento tra i requisiti di applicabilità, sia con la prassi amministrativa. L'Agenzia delle Entrate, infatti, con la risoluzione 121/E/2011, ha sostenuto a chiare lettere che per la applicazione dell'imposta sostitutiva non importa che il finanziamento sia destinato a finalità specifiche. La pronuncia in esame, quindi, rischia di comportare future problematiche sotto il profilo dell'accertamento, contribuendo a ingenerare sfiducia tra gli investitori nei confronti del sistema fiscale.

Cass., sez. V, 16 gennaio 2015, n. 695
Pres. A. Merone, Rel. D. Chindemi

Notifica della cartella di pagamento – Agente della riscossione – Estratto di ruolo – Busta chiusa raccomandata postale – Avviso di ricevimento – Principi di collaborazione e buona fede

In caso di notifica della cartella di pagamento mediante l'invio diretto di una busta chiusa raccomandata postale, è onere del mittente il plico raccomandato fornire la dimostrazione del suo esatto contenuto, alorché risulti solo la cartolina di ricevimento e il destinatario contesti il contenuto della busta medesima. Se, dunque, la cartella è stata spedita per posta all'interno di una busta, l'agente della riscossione non può limitarsi a depositare l'avviso di ricevimento relativo alla notificazione, bensì deve anche dimostrare, se il ricorrente muove una specifica contestazione sul punto, che all'interno della busta spedita fosse contenuto proprio quell'atto, ossia la cartella asseritamente notificata. Né è sufficiente il deposito dell'estratto di ruolo, documento interno dell'agente della riscossione, anche nel caso in cui lo stesso riporti l'indicazione della cartella e della relativa raccomandata di spedizione. Questo principio non soffre eccezioni in ragione delle qualità soggettive del mittente, tenuto anzi al rispetto dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede col contribuente. Inoltre, il prin-

cipio enunciato dalla Suprema Corte, reso in relazione alla cartella di pagamento, è altresì applicabile con riferimento alla notificazione di altri atti, sia impositivi che esattoriali.

Cass. trib., sez. V, 11 febbraio 2015, n. 2625

Pres. A. Merone, Est. M.G. Sambito

Termine decadenziale rimborso – Contrasto con norme UE – termine di decadenza decorre dalla data del versamento

La Corte di Cassazione con la sentenza in rassegna ritiene che anche se un'imposta sia stata pagata sulla base di una norma successivamente dichiarata in contrasto con il diritto dell'UE, non siano applicabili i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di *overruling* per giustificare la decorrenza del termine decadenziale del diritto al rimborso dalla data della sentenza della Corte di Giustizia. Secondo la Suprema Corte il diritto al rimborso decorre, pertanto, dalla data del versamento o delle ritenute effettuate (*ex art. 38 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602*); detta interpretazione viene resa a tutela di un'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche che risulterebbe lesa dal protrarsi indeterminato dei relativi rapporti.

Cass. civ., sez. VI - 5, 09 marzo 2015, n. 4691

Pres. M. Cicala, est. R.G. Conti

CORTE DI GIUSTIZIA

Direttiva 77/388/CEE – IVA – Esenzioni – Articolo 13, parte B, lettera b) – Nozione di "locazione di beni immobili esenti" – Concessione, a titolo oneroso, della disponibilità di uno stadio di calcio – Contratto di usufrutto che riserva taluni diritti e prerogative al proprietario – Prestazione, da parte del proprietario, di vari servizi rappresentanti l'80% del corrispettivo contrattualmente previsto

La concessione a titolo oneroso della disponibilità di uno stadio di calcio in base ad un contratto che escluda il godimento esclusivo da parte del concessionario e che preveda la prestazione da parte del proprietario di una serie di servizi di manutenzione, pulizia, etc., che costituiscono l'80% del corrispettivo della concessione, non costituisce, in linea di principio una locazione di beni immobili ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. B) della sesta direttiva Iva. Spetta al giudice nazionale effettuare la valutazione in concreto.

Corte di Giustizia 22 ottobre 2014, causa C-55/14,

Régie communale autonome du stade Luc Varenne

Inadempimento di uno Stato – Fiscalità – IVA – Applicazione di un'aliquota ridotta – Fornitura di libri digitali o elettronici

A seguito del ricorso *ex art. 258 TFUE* della Commissione Europea, la Corte di Giustizia ha dichiarato inadempiente la Repubblica francese in relazione agli

obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 96 e 98 della direttiva 2006/112/CE, del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto, come modificata dalla direttiva 2010/88/UE del Consiglio, del 7 dicembre 2010 letti in combinato disposto con gli allegati II e III della direttiva IVA e con il regolamento d'esecuzione (UE) n. 282/2011. In particolare la Corte ha considerato in contrasto con il diritto dell'Unione Europea l'estensione dell'aliquota IVA ridotta alla fornitura di libri elettronici; si tratta, infatti, di una prestazione di servizi elettronici priva, al momento della fornitura, di qualsiasi supporto materiale fondamentale al fine di qualificare la suddetta attività come cessione di beni materiali rientranti nel beneficio fiscale in questione. La tassazione agevolata sui libri elettronici è stata colpita dalla scure della Corte di Giustizia in quanto ha determinato distorsioni della concorrenza nel mercato europeo consentendo una comoda localizzazione di maggiori prestatori di libri digitale nei Paesi che hanno arbitrariamente esteso l'aliquota ridotta. L'impossibilità di estendere il beneficio fiscale in questione, inoltre, risulta conforme anche al dettato del principio di neutralità fiscale che non consente l'applicazione della normativa IVA più favorevole in assenza di disposizioni non equivoche in materia.

Corte di Giustizia, 5 marzo 2015, C- 479/13,

Commissione europea

IVA – Direttiva 77/388/CEE – Direttiva 2006/112/CE – Esenzioni connesse alle operazioni intracomunitarie – Principio di neutralità – Detrazioni – Protesi dentarie – Destinazione

La disciplina delle esenzioni prevista dalla Direttiva 77/388/CEE nonché dalla direttiva 2006/112/CE è di rilievo ai fini della corretta applicazione dell'IVA poiché ne condiziona la base economica e i connessi istituti della rivalsa e della detrazione. Poiché le esenzioni costituiscono delle deroghe al principio generale secondo cui l'Iva deve essere riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo vi è un problema interpretativo circa la compatibilità della disciplina delle esenzioni con il principio generale di neutralità che caratterizza il regime di tale imposta. La Corte ha ribadito che qualora un'esenzione prevista dal diritto nazionale sia incompatibile con la direttiva Iva, l'art. 168 di tale direttiva non consente ad un soggetto passivo di beneficiare sia dell'esenzione che del diritto alla detrazione, chiarendo che l'esenzione dall'Iva della cessione di protesi dentarie realizzate da dentisti e da odontotecnici è tesa ad assicurare che la fornitura di prodotti connessi alla salute non sia impraticabile a causa del costo superiore dei prodotti medesimi che ne conseguirebbero qualora la loro cessione fosse assoggettata a Iva. La Corte ha concluso nel senso che l'esenzione dall'Iva si applica agli acquisti intracomunitari e all'importazione

definitiva in due circostanze: che lo Stato membro di cessione o di importazione non abbia attuato la normativa transitoria prevista in materia e che l'acquisto intracomunitario di protesi dentarie provenga da uno Stato membro che abbia dato attuazione al regime derogatorio e transitorio previsto dall'art. 370.

Corte di Giustizia, 26 febbraio 2015
cause riunite C-144/13, C-154/13 e C-160/13
VDP Dental Laboratory NV c. Staatssecretaris van Financien (C-144/13),
Staatssecretaris van Financien c. X BV (C-154/13),
Nobel Biocare Nederland BV (C-160/13)

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2006/112/CE – IVA – Detrazione dell'imposta assolta a monte – Operazioni abusive – Esistenza di un procedimento nazionale relativo all'esistenza di pratiche abusive – Principio di effettività – Principio di equivalenza

La sentenza in esame ha ad oggetto la compatibilità con il diritto dell'Unione ed in particolare con la direttiva Iva 2006/112/CE, di un procedimento preventivo ed obbligatorio, diretto a verificare la sussistenza di operazioni abusive. Il rinvio originava da un diniego di detrazione dell'imposta assolta a monte, in ragione di un presunto abuso posto in essere da una società portoghese, la *Surgicare*. La stessa realizzando operazioni non imponibili ed avendo ceduto la gestione di un centro ospedaliero ad altra società facente parte del suo medesimo gruppo societario, aveva detratto dall'imposta dovuta all'erario a titolo di canoni percepiti dal cessionario, l'Iva afferente l'acquisto dei beni e servizi relativi alla costruzione e all'equipaggiamento del centro ospedaliero.

La Corte di Giustizia ha dichiarato che la direttiva 2006/112 non prevede concretamente la natura ed il contenuto delle misure che gli Stati membri devono adottare per assicurare l'esatta riscossione delle imposte ed evitare evasioni, garantendo agli stessi piena autonomia procedurale per garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli. In tal caso il procedimento speciale previsto dalle norme portoghesi per verificare la sussistenza della presunta evasione fiscale, è stato considerato conforme ai principi di effettività e di equivalenza, garantendo al sospettato diritto di audizione ed applicandosi indifferentemente sia in caso di violazione del diritto dell'Unione che di quello interno.

Corte di Giustizia, 12 febbraio 2015, causa C-662/13,
Surgicare - Unidades de Saúde SA

Diritto internazionale

IL REGOLAMETO «BRUXELLES I-BIS» TRA NOVITÀ E CONFERME	182
di Alessia Martinelli	
EFFETTO SOSPENSIVO DEL RICORSO CONTRO DECISIONI DI RIMPATRIO IN CASO DI SERIO RISCHIO DI DETERIORAMENTO DELLE CONDIZIONI DI SALUTE E OBBLIGO DI PRENDERE IN CARICO NEL FRATTEMPO LE NECESSITÀ PRIMARIE <i>Nota a Sentenza della Corte di Giustizia - Grande Sezione - del 18 dicembre 2014</i> <i>(Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida,</i> <i>causa C-562/13)</i>	189
di Ermelinda Balbo	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	200



Il regolamento «Bruxelles I-bis» tra novità e conferme

abstract

Regulation no. 1215/2012 provides for significant changes to Regulation no. 44/01 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. This paper involves the analysis of the main changes introduced by the new Regulation, in terms of strengthening the right of access to justice, facilitating the free circulation of judgments in the European Judicial Space and coordinating proceedings pending in different States, included, to some extent, third States.

keywords

Regulation No. 1215/2012/EU – Jurisdiction – Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

abstract

Il regolamento n. 1215/2012 apporta talune importanti modifiche al regolamento n. 44/01 sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale. Il presente contributo mira all'analisi delle principali innovazioni introdotte dal nuovo regolamento sotto i profili del rafforzamento del diritto alla giustizia, della semplificazione della circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo e del coordinamento delle azioni civili, incluse, in una certa misura, quelle promosse dinanzi a fori di Stati terzi.

parole chiave

Regolamento n. 1215/2012 – Giurisdizione – Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

sommario

Premessa. – **1.** Ambito di applicazione e materie escluse. – **2.** La competenza giurisdizionale. – **2.1.** (Segue) Il coordinamento tra azioni civili nello spazio giudiziario europeo: la nuova disciplina della litispendenza e della connessione di cause. – **3.** Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. – **3.1.** (Segue) L'abolizione dell'*exequatur*. – **3.2.** Profili problematici e diniego dell'esecuzione nell'ordinamento interno.

Premessa

Dal 10 gennaio 2015, terminato il periodo di transizione di due anni, spiega i suoi effetti il regolamento n. 1215/2012¹ concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (d'ora innanzi, «reg. n. 1215/12»), il quale realizza la tanto attesa rifusione del regolamento n. 44/2001² (d'ora innanzi, «reg. n. 44/01»). Attesa, data l'importanza del reg. 44/01 (c.d. Bruxelles I) che, tra i regolamenti europei in materia processuale sinora entrati in vigore, è sicuramente quello più applicato e con più storia alle spalle³. Ma, attesa, anche perché alla sua approvazione si è giunti dopo un percorso di studi ed un'elaborazione legislativa tanto complessa quanto articolata⁴. Adottato in base all'art. 81, par. 2, lettere a), c) ed e), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il reg. 1215/12 è volto a migliorare ed aggiornare il sistema di giurisdizione ed efficacia delle decisioni (così come strutturato nel reg. 44/01), al fine di rafforzare il diritto di accesso alla giustizia, di abbattere i costi derivanti dal carattere transfrontaliero della controversia, di coordinare il reg. 44/01 con gli altri atti nel frattempo adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, di rifondere il dato normativo alla luce sia della giurisprudenza della

¹ Reg. 1215/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, (GUUE L 351, p. 1 ss.).

² Reg. 44/2001/CE del Consiglio, del 20 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, (GUCE L 12, p. 1 ss.).

³ Il reg. 44/01 e la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, suo immediato predecessore, sono notoriamente riconosciuti quali atti fondanti lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. E, in ragione di tale rapporto di continuità che lega il regolamento (v. il diciannovesimo considerando) alla convenzione, esso ha assunto la funzione di parametro normativo sul quale si fonda la disciplina dell'intero sistema processuale civile europeo che è andata elaborandosi e, via via, consolidandosi, sulla base, prima, del titolo IV del trattato CE, e, poi a seguito della riforma di Lisbona del 2007, del titolo V del TFUE.

⁴ Infatti il nuovo reg. 1215/12, è stato approvato al termine di un percorso di rifusione cominciato con alcuni studi preliminari nel 2006, sviluppato con la pubblicazione di un Libro verde, pervenuto ad una proposta della Commissione e poi approdato al testo finale.

Corte di giustizia sia dalle modifiche da questo subite per effetto dell'adesione di nuovi Stati all'Unione europea.

Il presente lavoro intende soffermarsi sui principali aspetti di riforma del reg. 44/01 ed accertare se essi sono realmente in grado di realizzare i menzionati obiettivi. In tal senso si terrà conto anche dei contenuti della proposta della Commissione del 2010⁵, nonché del Libro verde del 2009⁶, che costituiscono le tappe iniziali dei lavori preparatori confluiti nel regolamento. Invero, la proposta iniziale esprimeva notevoli ambizioni (ad esempio si discorreva sulla c.d. universalizzazione del regolamento in relazione all'ambito soggettivo di applicazione delle norme uniformi europee nonché di estendere i principi del titolo esecutivo europeo a tutta la materia civile e commerciale), mentre il testo definitivo del reg. 1215/12 costituisce l'approdo di ridimensionamenti significativi rispetto alla proposta della Commissione. Volendo individuare le principali aree d'intervento, potremmo così schematizzarle:

a) per quanto concerne la competenza giurisdizionale, in un quadro normativo apparentemente immutato si registra l'ampliamento del novero delle norme uniformi europee applicabili anche nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato terzo⁷, in un'ottica di rafforzamento della c.d. giurisdizione protettiva, così come dalla rifusione ne esce rafforzata la proroga di competenza⁸ ad opera delle parti;

b) il rilievo d'ufficio del difetto di competenza giurisdizionale per cui «l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, se investita a titolo principale di una controversia per la quale l'articolo 24 stabilisce la competenza esclusiva di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, dichiara d'ufficio la propria incompetenza⁹». Inoltre, «se il convenuto domiciliato in uno Stato membro è citato davanti a un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro e non compare, l'autorità giurisdizionale dichiara d'ufficio la propria incompetenza, a meno che non sia competente in base alle disposizioni del presente regolamento¹⁰»;

⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (COM(2010) 748) del 14 dicembre 2010, in *www.eur-lex.europa.eu*. Sulla Proposta in generale v. POCAR, VIARENGO, VILLATA, *Recasting Brussels I*, Padova, 2012; PRETELLI, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matter (Recast)*, Sydney Law School Research Paper No. 11/58, in *www.ssrn.com*; LUPOI, *La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001: norme sulla giurisdizione*, scaricabile all'indirizzo <http://www.academia.edu/1568434>.

⁶ Libro verde sulla revisione del regolamento (COM(2009) 175) del 21 aprile 2009.

⁷ Cfr. art. 6 e considerando 14 del reg. 1215/2012/UE cit.

⁸ Cfr. art. 25 e considerando 19 del reg. 1215/2012/UE cit.

⁹ Cfr. art. 27 reg. 1215/2012/UE cit.

¹⁰ Cfr. art. 28 reg. 1215/2012/UE cit.

c) una delle principali innovazioni riguarda il rapporto tra la regola in materia di litispendenza basata sul rigido criterio della priorità temporale e gli effetti di un accordo di elezione di foro. Il testo del regolamento prevede che, qualora sia adito un giudice di uno Stato membro munito di competenza giurisdizionale esclusiva in base ad un accordo di elezione di foro concluso ai sensi del regolamento stesso, ogni altro giudice di un diverso Stato membro dovrà sospendere il procedimento in attesa che il giudice designato nell'accordo si sia pronunciato sulla propria competenza giurisdizionale, potendo porre termine alla sospensione solo qualora detto giudice abbia negato la propria competenza giurisdizionale¹¹;

d) modifiche procedurali in materia di connessione, nell'ottica di renderne più efficace la relativa disciplina, prevedendo la facoltà per i giudici successivamente aditi delle domande connesse di declinare la propria giurisdizione su istanza di una delle parti e stabilendo che solo il procedimento innanzi al giudice precedentemente adito debba essere pendente in primo grado¹².

e) il reg. 1215/2012 introduce una disciplina complementare della litispendenza e della connessione rispetto a procedimenti pendenti innanzi a giudici di paesi terzi, destinata a coesistere con quella, inevitabilmente non omogenea, che continua a regolare i rapporti tra procedimenti pendenti innanzi a giudici di Stati membri diversi. La nuova disciplina è peraltro destinata ad applicarsi unilateralmente da parte dei soli giudici dei Paesi membri con riferimento alle situazioni nelle quali il processo parallelo penda innanzi a un giudice di uno Stato terzo. Tra i fattori che il giudice dovrà tenere in considerazione, al fine di decidere se sospendere o meno il processo a favore del procedimento pendente innanzi ai giudici di un paese terzo figurano, oltre ad elementi tipici della disciplina della litispendenza e delle connessione internazionale, requisiti quali quello della priorità temporale del processo innanzi ai giudici dello Stato terzo e la valutazione prognostica di riconoscibilità della decisione da emanarsi da parte di tale giudice nello Stato membro del giudice adito. Esso viene, peraltro, ad essere integrato nella proposta dall'ulteriore requisito della prevedibile conclusione del processo in un tempo ragionevole. Maggiormente vicino, al modello della dottrina del *forum non conveniens* si presenta, invece, il requisito per il quale la sospensione debba essere necessaria per una corretta amministrazione della giustizia¹³.

f) il reg. n. 1215/2012 apporta sostanziali modifiche in ordine al regime di circolazione dell'efficacia esecutiva delle decisioni. Infatti, prevede che «la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in

¹¹ Cfr. art. 31 par. 2 e considerando 22 reg. 1215/2012/UE cit.

¹² Cfr. art. 30 par. 2 reg. 1215/2012/UE cit.

¹³ Cfr. artt. 33 e 34 e considerando 23 e 24 reg. 1215/2012/UE cit.

tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività¹⁴». Seppure in una versione fondamentale diversa e più attenuata rispetto a quella originariamente prefigurata dalla Commissione nella sua proposta del 2010, il regolamento “Bruxelles I-bis” generalizza, estendendola a tutte le decisioni rese in materia civile e commerciale, la c.d. abolizione dell’*exequatur*, vale a dire la soppressione di qualsiasi procedura intermedia necessaria affinché l’esecutività di una decisione resa in uno Stato membro possa manifestarsi anche in altro e diverso Stato membro. Ed è proprio quest’ultimo, in un’ottica di celerità e di economia processuale, a rappresentare l’intervento più incisivo realizzato con l’adozione del testo definitivo del reg. 1215/2012.

1. Ambito di applicazione e materie escluse

L’ambito di applicazione *ratione materiae* del reg. 1215/2012 è sostanzialmente invariato rispetto al reg. 44/01. L’art. 1 è stato ritoccato nella forma letterale ed adeguato sotto più versanti alle novità giurisprudenziali e normative intervenute nel tempo. Si fa riferimento alla «materia civile e commerciale», che in mancanza di una definizione esplicita, è stata oggetto di numerose sentenze interpretative della Corte di giustizia¹⁵. In sostanza, il giudice dell’Unione ha enucleato una nozione autonoma, da individuarsi in base allo scopo e al sistema della normativa comune europea, nonché ai principi generali desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali, indipendentemente dal significato e dalla portata che l’espressione stessa può assumere nei singoli Stati membri, in base agli elementi caratterizzanti la natura dei rapporti e l’oggetto della controversia. Sono escluse, come noto, dall’ambito oggettivo di applicazione del reg. 1215/2012 la materia fiscale, quella doganale e quella amministrativa. Inoltre, è esplicitata l’esclusione delle controversie nascenti da responsabilità dello Stato per *acta iure imperii*, accogliendo le indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁶.

¹⁴ Cfr. art. 39 e considerando 26 reg. 1215/2012/UE cit.

¹⁵ Corte giust. 14 novembre 2002, causa C-271/00, *Gemeente Steenbergen*. Cfr. altresì: Corte giust. 15 maggio 2003, causa C-266/01, *Préservatrice foncière TIARD SA*; 21 aprile 1993, causa C-172/91, *Volker Sonntag*; 16 dicembre 1980, causa C-814/79, *Niederlande*; 22 febbraio 1979, causa C-133/78, *Henri Gourdain*.
¹⁶ Corte giust. 15 febbraio 2007, causa C-292/05, *Lechouritou*. Per un commento v. LEANDRO, *Limiti materiali del regolamento (CE) n. 44/2001 e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione: il caso Lechouritou*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 759 ss.; FERACI, *La sentenza Lechouritou e l’ambito di applicazione ratione materiae della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 657 ss. Più di recente anche nella prospettiva degli *acta iure gestionis*, v. Corte giust. 19 luglio 2012, *Abmed Mahamdia*, causa C-154/11, nonché il commento di MIGLIORINI, *Immunità dalla giurisdizione e regolamento (CE) 44/2001: riflessioni a partire dalla sentenza Mahamdia*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1089 ss.

Il coordinamento con altri regolamenti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile giustifica poi ulteriori esclusioni. In particolare, si fa riferimento alle obbligazioni alimentari «derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità¹⁷», precisazione quest’ultima resa necessaria dall’introduzione in molti Paesi dell’Unione di norme concernenti il riconoscimento delle unioni omosessuali, e alla materia successoria espunta dalla lett. a) e sistemata nell’autonoma lett. f) di nuovo conio, poiché, come anticipato, sono attualmente disciplinate rispettivamente dal regolamento n. 4/2009¹⁸ e dal regolamento n. 650/2012¹⁹.

Tra i principali aspetti della riforma abbandonati nel passaggio dalla proposta della Commissione al testo definitivo del reg. 1215/12 spicca l’apertura all’arbitrato²⁰; se ne conferma difatti l’esclusione²¹, chiarendone la sua portata effettiva. Il legislatore europeo, quindi, lascia sostanzialmente irrisolto il problema dei c.d. *parallel proceeding* rinunciando ad introdurre forme di coordinamento fra giustizia civile e giustizia arbitrale; tuttavia, attraverso l’introduzione del nuovo considerando 12, nonché dell’art. 73, par. 2 (che richiama espressamente la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, affermandone la prevalenza) slarga le maglie del campo di inapplicabilità del regolamento²².

Quanto all’applicabilità del reg. 1215/2012 *ratione personae* resta ferma la distinzione tra gli effetti delle disposizioni in tema di competenza giurisdizionale e quelli relativi alla circolazione delle decisioni e degli atti pubblici²³.

¹⁷ Cfr. art. 1, par. 2, lett. e) reg. 1215/2012/UE cit.

¹⁸ Reg. 4/2009/CE del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, (GUUE L 7, p. 1 ss.)

¹⁹ Reg. 650/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, (GUUE L 201, p. 107 ss.)

²⁰ Sul tema in generale, v. *ex multis*: MARUFFI, *Il regolamento (Ue) n. 1215/2012 e l’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1416 ss.; LA MATTINA CELLERINO, *L’arbitrato e il nuovo regolamento (Ue) 1215/2012: vecchie questioni e nuovi problemi aperti*, in *Dir. com. int.*, 2014, p. 551 ss.; RAISA, *Il nuovo regolamento Ue n. 1215 del 2012 e l’arbitrato: a storm in a teacup*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 193 ss.; SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (Ue) n. 1215/2012*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1146 ss..

²¹ Cfr. art. 1, par. 2, lett. d) e considerando 12 reg. 1215/2012/UE cit.

²² Viene affermata l’inapplicabilità del reg. 1215/2012 anche ai procedimenti e alle decisioni c.d. ancillari all’arbitrato, così dispone il considerando 12, par. 3, evidenziando un certo *favor* alla Convenzione di New York sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali.

²³ Vedi *infra*.

2. La competenza giurisdizionale

Regola generale che informa il reg. 1215/2012, in punto di competenza giurisdizionale, resta il foro del domicilio del convenuto²⁴, cui si affiancano, in alternativa, i fori speciali²⁵, azionabili con scelta insindacabile dell'attore, nelle ipotesi tassativamente previste dal legislatore europeo; i fori c.d. protettivi²⁶ per le controversie in materia di assicurazione, consumo e lavoro; i fori esclusivi²⁷, che, in particolari materie, si impongono su quello generale; ed il foro individuato su base volontaristica (c.d. accordi di proroga della giurisdizione²⁸).

Novità assoluta del reg. 1215/2012 è data dall'inserimento, tra i fori speciali, di uno nuovo per le ipotesi di azioni volte «al recupero, sulla base di un titolo di proprietà, di un bene culturale». Vale a dire che, in via alternativa al foro del convenuto, si potrà promuovere l'azione dinanzi al foro «del luogo in cui si trova il bene culturale quando viene adita l'autorità giurisdizionale²⁹».

Altra novità riguarda il *corpus* normativo, a sé stante all'interno del regolamento, volto a predisporre speciali titoli di giurisdizione, al fine di prevenire lo squilibrio processuale presuntivamente connaturato ai rapporti di assicurazione, di consumo e di lavoro subordinato. La novella non si sostanzia nella previsione di una disciplina *ad hoc* dedicata alla tutela dei c.d. «contraenti deboli», già presente nelle precedenti versioni del reg. 1215/2012, ma nell'estensione soggettiva delle disposizioni in questione. Trattasi, infatti, dell'introduzione di una specifica deroga al limite generale di applicazione *ratione personae* del regolamento stesso, che si esplica nel togliere rilievo al presupposto fattuale (indispensabile ai fini dell'applicabilità della normativa uniforme) che il domicilio del convenuto sia localizzato all'interno di uno Stato membro. Ai sensi del nuovo art. 6, par. 1 e del considerando n. 14, par. 2, il particolare *status* dei ricorrenti prevale sui rigidi criteri attributivi della competenza giurisdizionale. Dunque, sarà possibile, da un lato, per il consumatore adire il foro del proprio domicilio; dall'altro, per il lavoratore³⁰ promuovere un'azione (contro il suo datore di lavoro) innanzi al giudice del luogo in cui si svolge o dell'ultimo luogo in cui si svolgeva abitualmente la

propria attività lavorativa³¹, per convenire in giudizio la controparte qualora risulti domiciliata in uno Stato terzo³². In base al previgente reg. 44/01 questo era realizzabile solo qualora la controparte fosse quantomeno «una succursale, un'agenzia o qualsiasi sede di attività» in uno Stato membro³³. A ben vedere, quest'apertura rappresenta l'unica traccia del tentativo compiuto dalla Commissione nella sua proposta di regolamento di realizzare un'estensione generalizzata (la c.d. universalizzazione) delle norme sulla competenza giurisdizionale ai convenuti aventi domicilio in Paesi terzi³⁴.

2.1. (Segue) Il coordinamento tra azioni civili nello spazio giudiziario europeo: la nuova disciplina della litispendenza e della connessione di cause

In tema di litispendenza³⁵, si registrano novità di rilievo. Specificamente, il coordinamento dei *parallel proceedings* resta affidato alla prevenzione temporale³⁶, temperata, ora, da importanti deroghe.

La prima deroga riguarda l'ipotesi di litispendenza in caso di competenza esclusiva³⁷. Sulla scorta del considerando n. 22 e quindi «...al fine di migliorare l'efficacia degli accordi di scelta esclusiva del foro e impedire tattiche processuali scorrette...» si introduce un meccanismo che scardina il principio della prevenzione temporale rigida, prevedendo che, qualora sia instaurato un procedimento tra le stesse parti e sulla medesima causa davanti al giudice di uno Stato membro, dotato di competenza esclusiva in forza di un accordo di pro-

²⁴ Cfr. art. 4 e considerando 13 reg. 1215/2012/UE cit.

²⁵ Cfr. artt. 7, 8 e considerando 16 reg. 1215/2012/UE cit.

²⁶ Cfr. artt. 10-23 e considerando 18 reg. 1215/2012/UE cit.

²⁷ Cfr. art. 24 e considerando 14, par. 2 reg. 1215/2012/UE cit.

²⁸ Cfr. art. 25 e considerando 19 reg. 1215/2012/UE cit.

²⁹ Cfr. art. 7, n. 4) e considerando 17 reg. 1215/2012/UE cit.

³⁰ Vale la pena evidenziare come l'estensione soggettiva dell'ambito di applicazione del regolamento ai convenuti domiciliati in Stati terzi non investa la categoria degli assicurati, pur rientrando nel *genus* dei c.d. contraenti deboli, alimentando qualche dubbio sulla differenza di trattamento ma che in realtà appare ancorato a logiche giustificazioni. Cfr. PESCE, *La tutela dei cd. contraenti deboli nel nuovo regolamento Ue n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 579 ss..

³¹ Ovvero qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui è situata la sede d'attività presso la quale è stato assunto. Cfr. art. 21 par. 2, reg. 1215/2012/UE cit.

³² Vedi *supra*.

³³ Cfr. art. 15, par. 2 e art. 18, par. 2 reg. 44/2001/CE cit. In dottrina v., PESCE, *La tutela dei cd. contraenti deboli nel nuovo regolamento Ue n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, cit., GULLOTTA, *L'estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all'estero: il caso Mahamdia e il nuovo regime del regolamento Bruxelles I-bis*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 624 ss.

³⁴ Cfr. BOSCHIERO, *Il funzionamento del regolamento Bruxelles I nell'ordinamento internazionale: note sulle modifiche contenute nella proposta di rifusione*, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 271 ss.

³⁵ Sul tema v. LUPOI, *La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1425 ss.; FRANZINA, *Litispendenza e connessione tra Stati membri e Stati terzi nel regolamento Bruxelles I-bis*, in *Dir. com. int.*, 2014 p. 621 ss.; LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (ue) n. 125/2012 (Bruxelles I-bis)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, p. 583 ss.; LUPOI, *La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001, in Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 281 ss.; MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici dei paesi membri e giudici di paesi terzi nella proposta di revisione del regolamento 44/2001*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 496 ss.; VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Padova, 2012, p. 151 ss.; MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 25 ss..

³⁶ Cfr. art. 29 reg. 1215/2012/UE cit.

³⁷ Cfr. art. 31 e considerando 22 reg. 1215/2012/UE cit.

roga *ex art. 25*, il giudice di un altro Stato membro, seppur adito preventivamente, sia comunque tenuto a sospendere il processo dinanzi a se fino a quando il giudice «prorogato» non si sia pronunciato sulla propria competenza. Inoltre, al giudice adito per primo è vietato di pronunciarsi sulla validità e sull'efficacia della clausola di scelta del foro, di cui dovrà semplicemente accertarne l'esistenza *prima facie*. Nell'ottica di prevenire l'istituzione di artificiose litispendenze, la disposizione mira a contrastare la tattica, di una parte, di radicare per prima la causa dinanzi a un foro diverso da quello prorogato, in modo da aggirare l'impegno assunto attraverso lo stesso accordo di proroga.

Altro importante cambiamento, in materia di litispendenza, concerne l'ipotesi della simultanea pendenza della medesima causa tra le medesime parti in uno Stato membro e in uno Stato terzo³⁸. Tale ipotesi era non contemplata, per quanto non infrequente, dal sistema previgente. Sicché, il legislatore europeo colma una evidente lacuna del sistema e riconosce la necessità di evitare *bis in idem* e giudicati incompatibili.

La nuova disposizione prevede la possibilità per il giudice di uno Stato membro, adito successivamente (quindi una volta verificata la prevenzione temporale a favore del giudice straniero), di sospendere il procedimento dinanzi a sé, nell'ipotesi in cui: a) ritiene che il giudice dello Stato terzo previamente adito possa emettere una decisione suscettibile di essere riconosciuta e, se del caso eseguita nello Stato membro; b) ritiene che la sospensione sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia³⁹. È fatta salva, dalla stessa norma, la possibilità per il giudice dello Stato membro di proseguire il procedimento «in qualunque momento» se: a) quello dinanzi al foro extraeuropeo sia sospeso o interrotto; b) ritiene che esso non si concluderà in un «termine ragionevole»; c) la prosecuzione del proprio sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia. Pertanto, il foro dello Stato membro arriverà ad una pronuncia di estinzione soltanto se il procedimento dinanzi al foro dello Stato terzo si è concluso con una decisione passibile di essere riconosciuta e di conseguenza eseguita nel primo Stato.

Si è, dunque, attuato un meccanismo più *soft* rispetto a quello della litispendenza europea, in un contesto nel quale non opera in modo uniforme il principio del mutuo riconoscimento.

Quanto alla connessione, il reg. 1215/2012⁴⁰ modifica il regime precedente, richiedendo, al fine di rea-

lizzare la riunione delle cause connesse, che solo quella previamente instaurata sia pendente in primo grado, eliminando quindi il requisito della contestuale pendenza in primo grado dei relativi procedimenti.

Specularmente a quanto osservato in materia di litispendenza, anche in materia di connessione, il reg. 1215/2012⁴¹ si occupa per la prima volta di disciplinare il fenomeno della simultanea pendenza di cause connesse in uno Stato membro e in uno Stato terzo, e, dunque, l'opportunità di realizzarne una contestuale trattazione. Le ipotesi previste sono del tutto simili a quelle già indicate per la litispendenza.

3. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni

Il reg. 1215/2012, seppur in un'ottica più prudente rispetto alla versione proposta dalla Commissione, apporta sostanziali modifiche alla disciplina della circolazione dell'efficacia esecutiva delle decisioni. Infatti, introduce un meccanismo che risulta essere, rispetto al regime previgente, piuttosto semplificato, volto a ridurre tempi e costi dei procedimenti transfrontalieri.

In *primis*, deve senza dubbio segnalarsi un ampliamento della nozione di «decisione⁴²» rilevante ai fini dell'applicabilità delle disposizioni regolamentari, ai provvedimenti provvisori e cautelari⁴³ emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito la controversia con l'esclusione di quelli emessi *inaudita altera parte* che non siano stati oggetto di comunicazione o notificazione al convenuto prima dell'esecuzione.

Nel reg. 1215/2012 viene ribadito il principio del riconoscimento automatico delle decisioni con la possibilità, prima non prevista, per ogni parte interessata, di chiedere una decisione giudiziale che attesti la mancanza di motivi di diniego del riconoscimento stesso. Parzialmente modificata è la disposizione sul c.d. riconoscimento incidentale, che ora prevede la possibilità per il giudice di merito di conoscere e decidere della questione, che si ponga come preliminare rispetto una determinata controversia, in via incidentale, senza attendere che su questa si pronunci il giudice del riconoscimento proposto in via principale⁴⁴. Da notare, inoltre, che a differenza di quanto stabilito nel reg. 44/01 la disposizione non si riferisce più al «riconoscimento» chiesto in via incidentale (giusta il principio del riconoscimento automatico), bensì alla richiesta di «diniego del riconoscimento», sollevata in via incidentale. La modifica appare come la naturale conseguenza di un'altra rilevante novità introdotta dal

³⁸ Cfr. art. 33 e considerando 23 reg. 1215/2012/UE cit.

³⁹ Si tratta a ben vedere di un requisito altamente discrezionale seppur chiarito nella sua portata dallo stesso regolamento, cfr. considerando 24 reg. 1215/2012/UE cit.

⁴⁰ Cfr. art. 30 e considerando 21 reg. 1215/2012/UE cit.; nel passaggio dalla proposta della Commissione al regolamento è rimasto invece fermo il requisito dell'ammissibilità della riunione di cause connesse secondo la *lex fori* del giudice adito per primo; cfr. LUPOI, *La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001*, cit., p. 300.

⁴¹ Cfr. art. 34 reg. 1215/2012/UE cit.

⁴² Cfr. art. 2 e considerando 33 reg. 1215/2012/UE cit.

⁴³ Tali provvedimenti sono intesi dalla Corte come quei provvedimenti volti alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice di merito accertare l'esistenza. Cfr. Corte giust. 26 marzo 1992, causa C-261/90, *Reichert e Kockler*; Corte giust. 21 maggio 1980, causa C-125/79, *Denilauer*.

⁴⁴ Cfr. art. 36 reg. 1215/2012/UE cit.

reg. 1215/2012: la possibilità che sia chiesto il diniego del riconoscimento al ricorrere di uno dei motivi di cui all'art. 45 seguendo la procedura relativa al diniego dell'esecuzione (v. *infra*).

3.1 (Segue) L'abolizione dell'*exequatur*

La principale novità introdotta sul piano del regime di circolazione delle decisioni, sotto il profilo della semplificazione e dell'economicità, consiste da un lato nell'eliminazione della procedura di *exequatur*⁴⁵, volta alla dichiarazione di esecutività nello Stato membro richiesto, e dall'altro lato, nell'aver trasferito l'onere di attivazione sulla controparte che potrà domandare il «diniego dell'esecuzione».

Va osservato come la rinnovata disciplina del reg. 1215/2015 ponga attenzione al giusto bilanciamento tra semplificazione e tutela dei diritti di difesa, senza che la prima comprometta la seconda⁴⁶. L'unico onere, imposto al soggetto richiedente, si sostanzia nella produzione di una copia autentica del provvedimento esecutando e dell'attestato di cui all'art. 53 compilato dall'autorità giurisdizionale dello Stato membro di origine sulla base di un modello *standard* allegato al regolamento stesso (allegato I). Quest'ultimo, eventualmente corredato della decisione, se non precedentemente comunicata, deve essere notificato alla parte contro cui si chiede l'esecuzione in un tempo «ragionevole anteriormente alla prima misura di esecuzione⁴⁷». In un'ottica di tutela dell'esecutato si contempla, poi, l'ipotesi in cui detto soggetto sia domiciliato in un Paese membro diverso da quello di origine: gli si riconosce il diritto di chiedere la traduzione del provvedimento giurisdizionale, qualora questo non sia redatto nella lingua del suo Stato di domiciliatura o, comunque, in una lingua a lui comprensibile⁴⁸. Nondimeno, la disposizione si presta ad un uso dilatorio⁴⁹, infatti, quando viene richiesta la traduzione non potrà essere adottata alcuna misura esecutiva, ad eccezione di misure cautelari, fino a che la persona contro cui è chiesta l'esecuzione abbia ricevuto la traduzione⁵⁰.

La gestione del procedimento esecutivo transfrontaliero spetta all'autorità giurisdizionale che, di volta

in volta, viene in rilievo sulla base delle disposizioni di diritto processuale dei singoli Stati membri e che applicherà a tal fine le proprie norme procedurali nazionali⁵¹. Quanto al nostro ordinamento, la sentenza può ritenersi esecutiva *ex lege*, risultando, quindi, non necessaria l'apposizione della formula esecutiva *ex art. 475 c.pc.*

Le decisioni sono eseguite nello Stato membro richiesto «alle stesse condizioni» delle decisioni emesse in questo Stato⁵². E per rendere effettivo questo trattamento nazionale, il reg. 1215/2012 si occupa, sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia⁵³, anche dell'ipotesi di un «provvedimento ignoto» alla legge dello Stato membro richiesto, vale a dire della decisione straniera che detta misure non tipizzate in tale ordinamento. In tal caso il provvedimento è «adattato», nella misura del possibile, a un provvedimento che, secondo l'ordinamento dello Stato richiesto, abbia «efficacia equivalente» e «persegua obiettivi ed interessi analoghi». È opportuno precisare però, che da tale adattamento non possono derivare effetti che vanno oltre quelli previsti dalla legge dello Stato membro di origine⁵⁴.

3.2 Profili problematici e diniego dell'esecuzione nell'ordinamento interno

Come anticipato, il reg. 1215/2012 contempla la possibilità di proporre domanda di «diniego dell'esecuzione» attraverso una procedura, disciplinata sì dal regolamento, ma soprattutto in via complementare dalla legge dello Stato membro richiesto⁵⁵, e questo profilo ha in sé risvolti problematici. Difatti, il regolamento non contiene alcuna indicazione circa le modalità di svolgimento della procedura, limitandosi ad indicare che l'autorità «statuisce senza indugio sulla domanda di diniego dell'esecuzione⁵⁶». Indici normativi⁵⁷, rinvenibili nello stesso regolamento, inducono a pensare che il rito da seguire presupponga certamente un contraddittorio tra le parti. Ma il rinvio alla legge nazionale lascia irrisolte alcune questioni circa le concrete modalità di attuazione del regolamento in Italia. Senza dubbio, diverse potrebbero essere le strade percorribili. L'accento posto, dalla disciplina regolamentare, sulla celerità della procedura, dovrebbe indurre il legislatore italiano ad adottare nuove soluzioni nel rispetto del contraddittorio tra le parti. Si è opportunamente proposto di utilizzare il rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*, che consentirebbe di trattare la do-

⁴⁵ Si afferma che «la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività», così dispone l'art. 39 reg. 1215/2012/UE cit., si precisa inoltre, che lo stesso vale per gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie ai sensi degli artt., rispettivamente 58 e 59 reg. 1215/2012/UE cit.

⁴⁶ Cfr. considerando 29 reg. 1215/2012/UE cit.; LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (Ue) 1215/2012*, cit.

⁴⁷ Cfr. art. 43 e considerando 32 reg. 1215/2012/UE cit.

⁴⁸ FERACI, *L'incidenza del regime linguistico sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni straniere del nuovo regolamento «Bruxelles I-bis»*, *Int'l lis*, 2013, p. 104 ss.

⁴⁹ LOPES PEGNA, *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (Ue) n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1206 ss.

⁵⁰ Cfr. art. 43, par. 2, ultima parte reg. 1215/2012/UE cit.

⁵¹ GUALCO RUSSO, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel regolamento Bruxelles I-bis*, in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 637 ss.

⁵² Cfr. art. 41, par. 1, reg. 1215/2012/UE cit.

⁵³ Corte giust. 12 aprile 2011, causa C-235/095, *DHL Express France SAS*.

⁵⁴ Cfr. art. 54, par. 1 reg. 1215/2012/UE cit.

⁵⁵ Cfr. artt. 46, 47, par. 2 reg. 1215/2012/UE cit.

⁵⁶ Cfr. art. 48 reg. 1215/2012/UE cit.

⁵⁷ Cfr. artt. 47, 45, par. 4, 47, par. 3, 49 reg. 1215/2012/UE cit.

manda di diniego con una procedura a *plena cognitio*, benché caratterizzato da un'istruttoria piuttosto deformatizzata⁵⁸. Altra soluzione, che appare *prima facie* più aderente alle prescrizioni del reg. 1215/2012, sarebbe quella di servirsi della procedura di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c, in quanto consentirebbe la proposizione e la trattazione congiunta dei motivi ostativi sia regolamentari sia nazionali⁵⁹. Tuttavia, in attesa delle comunicazioni da parte degli Stati membri, la conservazione di un procedimento *ad hoc*, devoluto ad un organo funzionalmente competente (in Italia la Corte d'appello), sembra la soluzione preferibile, in particolare per le domande volte unicamente all'accertamento del riconoscimento ai sensi dell'art. 36, par. 2 e dell'art. 45, par. 4.

Sebbene i limiti del presente contributo non consentano di indugiare oltre sul punto, sembra opportuno rilevare come l'opzione adottata dal legislatore europeo rechi con sé il rischio di introdurre, tra i vari Paesi dell'Unione, pericolose differenze procedurali suscettibili di frustrare, oltre che l'uniforme applicazione del regolamento stesso, anche l'obiettivo di tutela dei diritti di difesa che espressamente si prefigge di attuare.

⁵⁸ Cfr. GUALCO RUSSO, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel regolamento Bruxelles I-bis*, cit.; LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (Ue) 1215/2012*, cit.

⁵⁹ Cfr. considerando 30 reg. 1215/2012/UE cit.

Ermelinda Balbo
Dottore in Giurisprudenza

Effetto sospensivo del ricorso contro decisioni di rimpatrio in caso di serio rischio di deterioramento delle condizioni di salute e obbligo di prendere in carico nel frattempo le necessità primarie

Nota a Sentenza della Corte di Giustizia - Grande Sezione - del 18 dicembre 2014 (Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, causa C-562/13)

abstract

Articles 5 and 13 of Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, taken in conjunction with Articles 19(2) and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Article 14(1)(b) of that directive, are to be interpreted as precluding national legislation which does not endow with suspensive effect an appeal against a decision ordering a third country national suffering from a serious illness to leave the territory of a Member State, where the enforcement of that decision may expose that third country national to a serious risk of grave and irreversible deterioration in his state of health; at same as precluding national legislation which does not make provision, in so far as possible, for the basic needs of such a third country national to be met, in order to ensure that that person may in fact avail himself of emergency health care and essential treatment of illness during the period in which that Member State is required to postpone removal of the third country national following the lodging of the appeal.

keywords

Reference for a preliminary ruling – Directive 2008/115/EC – Return of illegally staying third-country nationals – Article 13 – Judicial remedy with suspensive effect – Article 14 – Safeguards pending return – Basic needs).

abstract

Gli articoli 5 e 13 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, letti alla luce degli articoli 19, paragrafo 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della stessa direttiva devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che non conferisce effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia di lasciare il territorio di uno

Stato membro, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute; allo stesso modo ad una normativa nazionale che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di tale ricorso.

parole chiave

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2008/115/CE – Rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – Articolo 13 – Ricorso giurisdizionale con effetto sospensivo – Articolo 14 – Garanzie in attesa del rimpatrio – Necessità primarie».

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (GU L 31, pag. 18), 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 (GU L 304, pag. 12), della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (GU L 326, pag. 13), nonché degli articoli da 1 a 4, 19, paragrafo 2, 20, 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il centre public d'action so-

ciale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve (in prosieguo: il «CPAS») e il sig. Abdida, cittadino del Niger, in merito alla decisione di revoca dell'assistenza sociale adottata da tale organismo nei suoi confronti.

Contesto normativo

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

3. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), all'articolo 3, intitolato «Proibizione della tortura», prevede quanto segue:

«Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

4. L'articolo 13 di tale convenzione è così formulato:

«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

Il diritto dell'Unione

La direttiva 2003/9

5. L'articolo 3 della direttiva 2003/9, intitolato «Ambito di applicazione», così dispone:

«1. La presente direttiva si applica a tutti i cittadini di paesi terzi ed agli apolidi che presentano domanda di asilo alla frontiera o nel territorio di uno Stato membro, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti asilo (...).

(...)

4. Gli Stati membri possono decidere di applicare la presente direttiva in relazione a procedimenti di esame di domande intese ad ottenere forme di protezione diverse da quella conferita dalla convenzione (relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 [Recueil des traités des Nations unies, vol. 189, pag. 150, n. 2545, 1954]) per i cittadini di paesi terzi o apolidi cui sia stato negato lo status di rifugiato».

La direttiva 2004/83

6. L'articolo 1 della direttiva 2004/83, intitolato «Oggetto e campo d'applicazione», così recita:

«La presente direttiva stabilisce 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».

7. L'articolo 2, lettere c), e) e g), di tale direttiva così dispone:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

c) «rifugiato»: cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi

di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese (...);

(...)

e) «persona ammissibile alla protezione sussidiaria»: cittadino di un paese terzo o apolide che 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 un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15 (...) e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese;

(...)

g) «domanda di protezione internazionale»: una richiesta di protezione rivolta ad uno Stato membro da parte di un cittadino di un paese terzo o di un apolide di cui si può ritenere che intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione, non contemplato nel campo d'applicazione della presente direttiva, che possa essere richiesto con domanda separata».

8. L'articolo 3 della richiamata direttiva precisa quanto segue:

«Gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva».

9. L'articolo 15 della direttiva 2004/83, contenuto nel capo V della stessa, intitolato «Requisiti per poter beneficiare della protezione sussidiaria», così dispone sotto il titolo «Danno grave»:

«Sono considerati danni gravi:

a) la condanna a morte o all'esecuzione; o

b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o

c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

La direttiva 2005/85

10. L'articolo 3 della direttiva 2005/85, intitolato «Ambito d'applicazione», è formulato nei termini seguenti:

«1. La presente direttiva si applica a tutte le domande di asilo presentate nel territorio, compreso alla

frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri, nonché alla revoca dello status di rifugiato.

(...)

3. Qualora gli Stati membri utilizzino o avviino un procedimento in cui le domande di asilo sono esaminate sia quali domande a norma della convenzione [relativa allo status dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951] sia quali domande concernenti altri tipi di protezione internazionale a seconda delle circostanze definite dall'articolo 15 della direttiva 2004/83/CE, essi applicano la presente direttiva nel corso dell'intero procedimento.

4. Gli Stati membri possono inoltre decidere di applicare la presente direttiva nei procedimenti di esame di domande intese ad ottenere qualsiasi forma di protezione internazionale».

La direttiva 2008/115/CE

11. I considerando 2 e 12 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GU L 348, pag. 98), sono così formulati:

«(2) Il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 ha sollecitato l'istituzione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità.

(...)

(12) È necessario occuparsi della situazione dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare ma che non è ancora possibile allontanare. Le condizioni basilari per il loro sostentamento dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale. (...).

12. L'articolo 3, punto 4, di tale direttiva così dispone:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

(...)

4) "decisione di rimpatrio" decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio».

13. L'articolo 5 di detta direttiva è così formulato:

«Nell'applicazione della presente direttiva, gli Stati membri tengono nella debita considerazione:

(...)

c) le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato; e rispettano il principio di non-refoulement».

14. L'articolo 9 della direttiva 2008/115, intitolato «Rinvio dell'allontanamento», al paragrafo 1 così dispone:

«Gli Stati membri rinviando l'allontanamento:

a) qualora violi il principio di non-refoulement, oppure

b) per la durata della sospensione concessa ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 2».

15. L'articolo 12 della richiamata direttiva al paragrafo 1 così prevede:

«Le decisioni di rimpatrio e, ove emesse, le decisioni di divieto d'ingresso e le decisioni di allontanamento sono adottate in forma scritta, sono motivate in fatto e in diritto e contengono informazioni sui mezzi di ricorso disponibili.

(...).

16. L'articolo 13 della medesima direttiva, ai paragrafi 1 e 2, recita:

«1. Al cittadino di un paese terzo interessato sono concessi mezzi di ricorso effettivo avverso le decisioni connesse al rimpatrio di cui all'articolo 12, paragrafo 1, o per chiederne la revisione dinanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente o a un organo competente composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza.

2. L'autorità o l'organo menzionati al paragrafo 1 hanno la facoltà di rivedere le decisioni connesse al rimpatrio di cui all'articolo 12, paragrafo 1, compresa la possibilità di sospendere temporaneamente l'esecuzione, a meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno».

17. L'articolo 14 della direttiva 2008/115, al paragrafo 1, precisa quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono, ad esclusione della situazione di cui agli articoli 16 e 17, affinché si tenga conto il più possibile dei seguenti principi in relazione ai cittadini di paesi terzi durante il periodo per la partenza volontaria concesso a norma dell'articolo 7 e durante i periodi per i quali l'allontanamento è stato differito ai sensi dell'articolo 9:

(...)

b) che siano assicurati le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie.

(...).

Il diritto belga

18. L'articolo 9-ter della legge del 15 dicembre 1980 sull'ingresso nel territorio, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri, nella versione vigente all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale (in prosieguo: la «legge del 15 dicembre 1980»), al paragrafo 1 così dispone:

«Lo straniero soggiornante in Belgio che dimostri la propria identità in conformità al § 2 e che soffra di una malattia tale da comportare un rischio effettivo per la vita o l'integrità fisica o un rischio effettivo di trattamenti inumani o degradanti, qualora non esista alcuna terapia adeguata nel suo paese d'origine o nel paese in cui dimora, può inoltrare al Ministro o al suo delegato domanda di permesso di soggiorno nel Regno».

19. L'articolo 48/4 della legge del 15 dicembre 1980 è così formulato:

«§1. Lo status di protezione sussidiaria è accordato allo straniero che non possa essere considerato un rifugiato e che non possa beneficiare dell'articolo 9-ter, e nei cui confronti sussistano seri motivi per ritenere che, in caso di rientro forzato nel suo paese d'origine ovvero, nel caso degli apolidi, nel paese di precedente dimora abituale, incorrerebbe nel rischio effettivo di subire un grave danno, quale definito al paragrafo 2, e che non possa, ovvero non intenda, a causa di tale rischio, avvalersi della protezione di tale paese, a condizione che egli non rientri nell'ambito di applicazione delle clausole di esclusione di cui all'articolo 55/4.

§ 2. Sono considerati danni gravi:

- a) la condanna a morte o all'esecuzione; o
- b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o
- c) la minaccia grave alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

20. Gli articoli 39/82, 39/84 e 39/85 della legge del 15 dicembre 1980 prevedono varie procedure dirette a ottenere la sospensione di decisioni amministrative aventi ad oggetto il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

21. Il 15 aprile 2009 il sig. Abdida ha presentato una domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute a norma dell'articolo 9-ter della legge del 15 dicembre 1980, in quanto soffre di una malattia particolarmente grave.

22. Tale domanda è stata dichiarata ricevibile il 4 dicembre 2009. Per questo, il sig. Abdida ha beneficiato dell'assistenza sociale a carico del CPAS.

23. Con decisione del 6 giugno 2011 la domanda di permesso di soggiorno presentata dal sig. Abdida è stata respinta con la motivazione che il paese di origine del ricorrente dispone di un'infrastruttura sanitaria che consente la presa in carico dei malati affetti dalla malattia di cui soffre. Il 29 giugno 2011 tale decisione è stata notificata al sig. Abdida con l'ordine di lasciare il territorio belga.

24. Il 7 luglio 2011 il sig. Abdida ha proposto ricorso contro la decisione di diniego di soggiorno dinanzi al Conseil du contentieux des étrangers (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri).

25. Il 13 luglio 2011 il CPAS ha adottato nei confronti del sig. Abdida una decisione di revoca dell'assistenza sociale e di diniego dell'assistenza sanitaria urgente. Il CPAS ha rivisto tale decisione il 27 luglio 2011, concedendo l'assistenza sanitaria urgente.

26. Il 5 agosto 2011 il sig. Abdida ha proposto dinanzi al Tribunal du travail de Nivelles (Tribunale del lavoro di Nivelles) un ricorso avverso la decisione del CPAS che gli aveva revocato l'assistenza sociale.

27. Con sentenza del 9 settembre 2011 tale giudice ha accolto il ricorso e ha condannato il CPAS a versare al sig. Abdida un'assistenza sociale equivalente al reddito d'integrazione all'aliquota per celibi, considerando in particolare che l'assistenza sociale è una condizione indispensabile all'esercizio effettivo di un ricorso, e che l'assistenza sociale di cui beneficiava il sig. Abdida doveva pertanto essere mantenuta in attesa della decisione sul ricorso proposto avverso la decisione di diniego di soggiorno adottata nei suoi confronti.

28. Il 7 ottobre 2011 il CPAS ha interposto appello contro tale sentenza dinanzi alla Cour du travail de Bruxelles (Corte del lavoro di Bruxelles).

29. Detto giudice rileva che, in applicazione delle pertinenti norme di diritto nazionale, il sig. Abdida non dispone di un ricorso giurisdizionale sospensivo contro la decisione di diniego di soggiorno e che, nelle more di una decisione su tale ricorso, egli è privo di qualsiasi altra assistenza sociale a parte l'assistenza sanitaria urgente.

30. In tale contesto, la Cour du travail de Bruxelles ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le direttive [2004/83, 2005/85 e 2003/9] debbano essere interpretate nel senso che obbligano lo Stato membro che dispone che lo straniero "affetto da una malattia tale da comportare un rischio effettivo per la sua vita o la sua integrità fisica o un rischio effettivo di subire un trattamento inumano o degradante qualora non esista alcuna terapia adeguata nel suo paese di origine" ha diritto alla protezione sussidiaria ai sensi dell'articolo 15, lettera b), della direttiva [2004/83],

– a prevedere un ricorso con effetto sospensivo avverso la decisione amministrativa che nega il diritto di soggiorno e/o la protezione sussidiaria e ordina di lasciare il territorio,

– a farsi carico, nell'ambito del suo regime di assistenza sociale o di accoglienza, delle necessità primarie diverse da quelle sanitarie del ricorrente, fino ad una pronuncia sul ricorso proposto avverso tale decisione amministrativa.

2) In caso di risposta negativa, se la Carta (...) e, in particolare, i suoi articoli da 1 a 3 (...), il suo articolo 4 (...), il suo articolo 19, paragrafo 2 (...), i suoi articoli 20 e 21 (...) e/o il suo articolo 47 [...] obblighino lo Stato membro che traspone le direttive [2004/83, 2005/85 e 2003/9] a prevedere un ricorso con effetto sospensivo e la presa in carico delle necessità primarie di cui alla [prima questione]».

Sulle questioni pregiudiziali

31. Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le direttive 2003/9, 2004/83 e 2005/85, lette, se del caso, in combinato disposto con gli articoli da 1 a 4, 19, paragrafo 2, 20, 21 e 47 della Carta,

debbano essere interpretate nel senso che uno Stato membro le cui autorità competenti hanno adottato una decisione con la quale si rigetta la domanda di un cittadino di paese terzo di autorizzazione al soggiorno in tale Stato membro ai sensi di una normativa nazionale la quale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, prevede l'autorizzazione al soggiorno in detto Stato membro dello straniero affetto da una malattia che comporta un rischio effettivo per la sua vita o la sua integrità fisica o un rischio effettivo di subire un trattamento inumano o degradante qualora non esista alcuna terapia adeguata nel paese di origine di tale straniero o nel paese terzo nel quale egli soggiornava precedentemente, e si ordina a detto cittadino di paese terzo di lasciare il territorio del medesimo Stato membro, debba prevedere un ricorso con effetto sospensivo contro tale decisione e prendere in carico le necessità primarie del medesimo cittadino di paese terzo fino alla pronuncia sul ricorso proposto contro detta decisione.

32. Occorre anzitutto constatare che dalla decisione di rinvio risulta che tali questioni muovono dalla premessa secondo la quale le domande presentate ai sensi della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale costituiscono domande di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2004/83 e rientrano quindi nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

33. Orbene, come emerge dai punti 27, 41, 45 e 46 della sentenza *M'Bodj* (C-542/13, EU:C:2014:XXXX), gli articoli 2, lettere c) ed e), 3 e 15 della direttiva 2004/83 devono essere interpretati nel senso che le domande presentate ai sensi di tale normativa nazionale non costituiscono domande di protezione internazionale ai sensi dell'articolo 2, lettera g), di tale direttiva. Ne consegue che la situazione di un cittadino di paese terzo che ha presentato siffatta domanda non rientra nell'ambito di applicazione della predetta direttiva, come definito dall'articolo 1 della stessa.

34. Per quanto concerne la direttiva 2005/85, dall'articolo 3 della medesima discende che essa si applica alle domande d'asilo, ma anche alle domande di protezione sussidiaria qualora uno Stato membro istituisca una procedura unica nell'ambito della quale esamina una domanda alla luce delle due forme di protezione internazionale (sentenze *M.*, C-277/11, EU:C:2012:744, punto 79, e *N.*, C-604/12, EU:C:2014:302, punto 39), e che gli Stati membri possono decidere di applicarla anche alle domande intese ad ottenere forme diverse di protezione internazionale.

35. È pacifico che le domande presentate ai sensi della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non costituiscono domande di protezione internazionale.

36. Neppure la direttiva 2003/9 è applicabile in una situazione come quella di cui al procedimento principale, poiché, da un lato, l'articolo 3, paragrafi 1

e 4, della stessa limita la sua applicazione alle domande d'asilo, precisando che gli Stati membri possono decidere di applicare tale direttiva al trattamento delle domande intese ad ottenere forme di protezione diverse, e, dall'altro, dal fascicolo di cui dispone la Corte non risulta che il Regno del Belgio abbia preso la decisione di applicare detta direttiva alle domande presentate ai sensi della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale.

37. Ciò premesso, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito. Di conseguenza, benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato le sue questioni all'interpretazione delle sole direttive 2003/9, 2004/83 e 2005/85, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per definire la controversia di cui è investito, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento nel formulare le proprie questioni. A tal proposito, la Corte è tenuta a trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale e, in particolare, dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi di tale diritto che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia (v., in tal senso, sentenze *Fuß*, C-243/09, EU:C:2010:609, punti 39 e 40, nonché *Hadj Ahmed*, C-45/12, EU:C:2013:390, punto 42).

38. Nel caso di specie le questioni poste dal giudice del rinvio vertono sulle caratteristiche del ricorso che può essere proposto contro la decisione che ordina al sig. Abdida di lasciare il territorio belga a causa dell'irregolarità del suo soggiorno in Belgio, nonché sulle garanzie che devono essere offerte al sig. Abdida fino alla pronuncia sul ricorso che questi ha proposto avverso tale decisione.

39. È pacifico che detta decisione costituisce un atto amministrativo che dichiara irregolare il soggiorno di un cittadino di paese terzo e dispone un obbligo di rimpatrio. Essa deve quindi essere qualificata come «decisione di rimpatrio» ai sensi dell'articolo 3, punto 4, della direttiva 2008/115.

40. Orbene, agli articoli 13 e 14 tale direttiva prevede norme relative ai mezzi di ricorso disponibili contro le decisioni di rimpatrio e alle garanzie offerte ai cittadini di paesi terzi che sono stati oggetto di una decisione siffatta in attesa del rimpatrio.

41. Occorre pertanto stabilire se detti articoli debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che non conferisce effetto sospensivo al ricorso proposto contro una decisione di rimpatrio come quella di cui al procedimento principale e che non prevede la presa in carico delle necessità primarie del cittadino interessato di paese terzo fino alla pronuncia sul ricorso proposto avverso tale decisione.

42. A tale proposito occorre sottolineare che l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2008/115 dev'essere effettuata, come rammenta il considerando 2 della stessa, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità delle persone interessate.

43. Per quanto attiene, in primo luogo, alle caratteristiche del ricorso che può essere proposto avverso una decisione di rimpatrio come quella di cui al procedimento principale, dall'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, letto in combinato disposto con l'articolo 12, paragrafo 1, della stessa, risulta che un cittadino di paese terzo deve disporre di un mezzo di ricorso effettivo per impugnare una decisione di rimpatrio adottata nei suoi confronti.

44. Dal canto suo, l'articolo 13, paragrafo 2, di tale direttiva prevede che l'autorità o l'organo competente a pronunciarsi su tale ricorso ha la possibilità di sospendere temporaneamente l'esecuzione della decisione di rimpatrio impugnata, a meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno. Ne consegue che la predetta direttiva non impone che il ricorso previsto dall'articolo 13, paragrafo 1, della stessa abbia necessariamente un effetto sospensivo.

45. Tuttavia, le caratteristiche di tale ricorso devono essere determinate conformemente all'articolo 47 della Carta, che costituisce una riaffermazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva (v., in tal senso, sentenze Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punto 37, e Agrokonsulting-04, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 59), e ai sensi del quale ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste in tale articolo.

46. A tale proposito occorre rilevare che l'articolo 19, paragrafo 2, della Carta precisa, in particolare, che nessuno può essere allontanato verso uno Stato in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti.

47. Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, di cui va tenuto conto, in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, per interpretare l'articolo 19, paragrafo 2, della stessa, risulta che, sebbene gli stranieri destinatari di una decisione che consente il loro allontanamento non possano in linea di principio rivendicare il diritto di rimanere nel territorio di uno Stato al fine di continuare a beneficiare dell'assistenza e delle prestazioni mediche sociali o di altro tipo fornite da tale Stato, la decisione di allontanare uno straniero affetto da una malattia fisica o psichica grave verso un paese in cui i mezzi per la cura di tale malattia sono inferiori a quelli disponibili in detto Stato può far sorgere una questione alla luce dell'articolo 3 della CEDU, in casi del tutto eccezionali, quando le ragioni umanitarie che depongono contro tale allontanamento sono imperative (v., segna-

tamente, Corte eur. D.U., sentenza N. c. Regno Unito del 27 maggio 2008, § 42).

48. In casi del tutto eccezionali, in cui l'allontanamento di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia verso un paese nel quale non esistono terapie adeguate violerebbe il principio di non-refoulement, gli Stati membri non possono quindi procedere a tale allontanamento, conformemente all'articolo 5 della direttiva 2008/115, letto alla luce dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta.

49. L'esecuzione di una decisione di rimpatrio comportante l'allontanamento di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia verso un paese nel quale non esistono terapie adeguate potrebbe quindi integrare, in alcuni casi, una violazione dell'articolo 5 della direttiva 2008/115.

50. Tali casi del tutto eccezionali sono caratterizzati dalla gravità e dall'irreparabilità del pregiudizio derivante dall'allontanamento di un cittadino di paese terzo verso un paese in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti. L'effettività del ricorso proposto contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino considerato di paese terzo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute impone, in tali circostanze, che tale cittadino di paese terzo disponga di un ricorso con effetto sospensivo, al fine di garantire che la decisione di rimpatrio non sia eseguita prima che l'autorità competente abbia avuto la possibilità di esaminare la censura relativa a una violazione dell'articolo 5 della direttiva 2008/115, letto alla luce dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta.

51. Tale interpretazione è corroborata dalle spiegazioni relative all'articolo 47 della Carta, secondo le quali il primo comma di tale articolo è fondato sull'articolo 13 della CEDU (sentenza di riesame Arango Jaramillo e a./BEI, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, punto 42).

52. Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che, quando uno Stato decide di rimandare uno straniero in un paese in cui vi sono seri motivi di temere che corra un rischio effettivo di trattamenti contrari all'articolo 3 della CEDU, l'effettività del ricorso proposto, previsto dall'articolo 13 della CEDU, impone che gli interessati dispongano di un ricorso con effetto sospensivo ex lege contro l'esecuzione della misura che consente il loro rimpatrio (v., in particolare, Corte eur. D.U., sentenze Gebremedhin c. Francia del 26 aprile 2007, § 67, nonché Hirsi Jamaa e altri c. Italia del 23 febbraio 2012, § 200).

53. Dalle considerazioni che precedono risulta che gli articoli 5 e 13 della direttiva 2008/115, letti alla luce degli articoli 19, paragrafo 2, e 47 della Carta, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che non prevede un ricorso con effetto sospensivo contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino interessato di

paese terzo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute.

54. Per quanto concerne, in secondo luogo, la presa in carico delle necessità primarie di un cittadino di paese terzo in una situazione come quella di cui al procedimento principale, sebbene dal considerando 12 della direttiva 2008/115 emerge che le condizioni basilari per il sostentamento dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare ma che non è ancora possibile allontanare dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale, resta il fatto che tale legislazione dev'essere compatibile con gli obblighi derivanti dalla predetta direttiva.

55. Orbene, l'articolo 14 della richiamata direttiva prevede alcune garanzie in attesa del rimpatrio, in particolare durante i periodi per i quali l'allontanamento è stato rinviato conformemente all'articolo 9 della medesima direttiva.

56. Ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2008/115, gli Stati membri rinviando l'allontanamento per la durata della sospensione concessa ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 2, di tale direttiva.

57. Orbene, dall'economia generale della direttiva 2008/115, di cui occorre tenere conto per interpretare le sue disposizioni (v., in tal senso, sentenza Abdullahi, C-394/12, EU:C:2013:813, punto 51), emerge che l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), di tale direttiva deve ricomprendere tutte le situazioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a sospendere l'esecuzione di una decisione di rimpatrio in seguito alla proposizione di un ricorso contro tale decisione.

58. Dalle considerazioni che precedono risulta che gli Stati membri sono tenuti a offrire a un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia, che ha proposto un ricorso contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporlo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute, le garanzie nell'attesa del rimpatrio approntate dall'articolo 14 della direttiva 2008/115.

59. In particolare, in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, lo Stato membro interessato è tenuto, in applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), di detta direttiva, a prendere in carico, per quanto possibile, le necessità primarie di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia qualora quest'ultimo sia privo dei mezzi per provvedere egli stesso alle proprie esigenze.

60. Infatti, la garanzia delle prestazioni sanitarie d'urgenza e del trattamento essenziale delle malattie, prevista dall'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2008/115, in una tale situazione potrebbe essere priva di effetto reale se non fosse accompagnata da una presa in carico delle esigenze basilari del cittadino interessato di paese terzo.

61. Si deve tuttavia osservare che spetta agli Stati membri stabilire la forma che deve rivestire tale presa

in carico delle esigenze basilari del cittadino interessato di un paese terzo.

62. Ne consegue che l'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale lo Stato membro di cui trattasi è tenuto a rinviare l'allontanamento di tale cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di un ricorso contro una decisione di rimpatrio adottata nei suoi confronti.

63. In considerazione di quanto precede, si deve rispondere alle questioni poste dichiarando che gli articoli 5 e 13 della direttiva 2008/115, letti alla luce degli articoli 19, paragrafo 2, e 47 della Carta, nonché l'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della stessa direttiva devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale:

– che non conferisce effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia di lasciare il territorio di uno Stato membro, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute, e

– che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di paese terzo, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di tale ricorso.

Sulle spese

64. 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.

P.Q.M.

(*Omissis*)

***Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** La normativa di riferimento della *questio iuris*. – **2.** La direttiva rimpatri recepita nel nostro ordinamento giuridico. – **3.** La necessità della previsione di un ricorso con effetto sospensivo – **4.** Garanzia della presa in carico delle necessità primarie degli interessati.

Premessa

La sentenza in esame trae origine da alcune questioni pregiudiziali sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea dalla *Cour du travail de Bruxelles*, volte a valutare la compatibilità di una normativa nazionale che, da una parte, esclude l'esistenza di un ricorso con pieno effetto sospensivo dell'esecuzione dell'allontanamento e, dall'altra, limita, per l'intera durata del procedimento contenzioso, la presa in carico delle necessità primarie dell'interessato alla sola assistenza sanitaria urgente alla luce dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito Carta) e degli obblighi incombenti agli Stati membri a norma delle direttive 2003/9, 2004/83 e 2005/85.

Il caso oggetto della controversia riguarda il sig. Abdida, cittadino nigeriano affetto da AIDS, il quale nel 2009 presenta una domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute conformemente alla normativa belga vigente (art. 9-ter della legge 15 dicembre 1980): la domanda viene dichiarata ricevibile e, pertanto, gli si riconosce il diritto all'assistenza sociale a carico del Centre public d'action sociale (di seguito, CPAS). Successivamente, nel 2011, la sua domanda viene respinta nel merito, in quanto l'infrastruttura sanitaria del Paese di origine appare adeguata alla presa in carico della malattia in questione e al sig. Abdida viene, quindi, ordinato di lasciare il territorio belga. Tale decisione viene impugnata dal sig. Abdida dinanzi alla Commissione per il contenzioso in materia di stranieri. Nel frattempo, il CPAS revoca al sig. Abdida il beneficio dell'assistenza sociale, concedendogli solo l'assistenza sanitaria urgente. Contro la decisione di revoca il sig. Abdida propone ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale del lavoro di Nivelles, che l'accoglie, ritenendo che il beneficio dell'assistenza sociale rappresenti una condizione indispensabile all'esercizio effettivo del ricorso da questi proposto avverso la decisione di diniego del suo permesso di soggiorno. La *Cour du travail de Bruxelles* chiamata a pronunciarsi in sede di appello contro tale sentenza decide di sospendere il procedimento e di sottoporre la questione alla Corte di giustizia.

1. La normativa di riferimento della *quaestio iuris*

Il giudice del rinvio investito della questione, chiede in via pregiudiziale alla Corte se, laddove l'ordinamento di uno Stato membro riconosca il diritto alla protezione sussidiaria ai sensi dell'art.15 lettera b della direttiva 2004/83/CE (di seguito direttiva 2004/83) allo straniero, la corretta interpretazione della summenzionata direttiva obblighi lo Stato in questione a garantire al soggetto interessato un mezzo di ricorso con effetto sospensivo avverso la decisione amministrativa di diniego del diritto di soggiorno e/o di protezione sussidiaria, ed il conseguente ordine di lasciare il territorio nazionale; nonché, a farsi carico, nell'ambito

del suo regime di assistenza sociale o di accoglienza, delle necessità primarie del ricorrente, diverse da quelle sanitarie, fino al tempo della pronuncia del giudizio. In subordine, il giudice del rinvio chiede se le medesime conclusioni potessero essere tratte dall'interpretazione della Carta.

La Corte, investita della questione pregiudiziale, osserva che il cittadino di un paese terzo che soffre di una grave malattia, qualora fosse rinviato nel paese di origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un trattamento inumano o degradante a causa della mancanza, in detto paese, di una terapia medica adeguata, non possa essere considerato una «persona ammissibile alla protezione sussidiaria» ai sensi dell'art. 2, lettera e), della direttiva 2004/83. Pertanto, una domanda fondata sull'art. 9-ter della legge del 15 dicembre 1980 e volta alla concessione di un permesso di soggiorno per motivi di salute non rientra né nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/83, e né in quello degli altri due testi che fondano il sistema europeo comune di asilo, ossia le direttive 2003/9/CE (di seguito direttiva 2003/9) e 2005/85/CE (di seguito direttiva 2005/85). Infatti, le condizioni materiali di accoglienza previste dal legislatore dell'Unione nell'ambito della direttiva 2003/9 sono rivolte ai richiedenti asilo o, se lo Stato membro ha così deciso, ai richiedenti un'altra forma di protezione. Allo stesso modo, le garanzie processuali riconosciute dal legislatore dell'Unione nell'ambito della direttiva 2005/85 riguardano le domande di asilo e le decisioni di revoca dello status di rifugiato e, se lo Stato membro ha così deciso, qualsiasi altra domanda intesa a ottenere un'altra forma di protezione internazionale.

L'intervento dei giudici dell'Unione è finalizzato a chiarire, inoltre, se uno Stato membro sia obbligato, da un lato, ad attribuire effetto sospensivo al ricorso giurisdizionale proponibile contro la decisione di diniego del permesso di soggiorno per motivi di salute contemplato dalla normativa nazionale e, dall'altro lato, a riconoscere, nelle more della decisione su tale ricorso, il diritto dell'interessato a percepire un contributo a titolo di assistenza sociale, in aggiunta all'assistenza sanitaria urgente. La *Cour du travail de Bruxelles* incentra tale questione sui diritti e sulle garanzie procedurali concessi al richiedente una protezione internazionale dalle direttive 2003/9, 2004/83, 2005/85, nonché dalla Carta. Il riferimento è agli articoli da 1 a 4 della Carta i quali sanciscono il principio della dignità umana e i diritti alla vita, all'integrità fisica e a non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, all'art. 19, paragrafo 2, che stabilisce il principio di non respingimento, agli articoli 20 e 21, che stabiliscono i principi di uguaglianza e di non discriminazione e, infine, all'art. 47 della stessa Carta che garantisce il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.

In primo luogo, la Corte ha escluso la rilevanza delle direttive richiamate dal giudice *a quo* in quanto

nessuno dei testi che disciplinano il sistema europeo comune di asilo, ossia le direttive 2003/9, 2004/83 e 2005/85, è applicabile a una domanda di permesso di soggiorno per motivi di salute fondata sull'art. 9-ter della legge del 15 dicembre 1980 sull'accesso al territorio, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri, in quanto tale istituto giuridico rappresenta una forma sussidiaria di protezione internazionale ed ha provveduto, conseguentemente, a rideterminare le questioni formulate dalla giurisdizione remittente.

A tal fine, i giudici di Lussemburgo, nel ricordare che detti quesiti hanno ad oggetto, da un lato, le caratteristiche del ricorso che può essere proposto contro una decisione che dichiara irregolare il soggiorno di un cittadino di Paese terzo e ne dispone il rimpatrio e, dall'altro lato, le garanzie che devono essere offerte al menzionato cittadino nelle more del ricorso, concludono che la soluzione agli stessi non può che derivare dall'interpretazione di una diversa norma dell'Unione, ritenendo rilevante al riguardo la direttiva 2008/115/CE (di seguito direttiva 2008/115), o meglio, la c.d. direttiva rimpatri.

2. La direttiva rimpatri recepita nel nostro ordinamento giuridico

La direttiva rimpatri è volta a contrastare l'immigrazione clandestina attraverso l'istituzione di «un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio» rispettosa dei diritti fondamentali degli individui e con l'intento di armonizzare i sistemi nazionali per assicurare l'effettività dei meccanismi di rimpatrio degli immigrati irregolari e, all'uopo, tutelare la libertà personale dell'immigrato fissandone i limiti di una possibile restrizione durante la procedura di rimpatrio. Il sistema costruito dalla direttiva rimpatri è sostanzialmente corrispondente a quello in precedenza previsto dal nostro ordinamento dal d.lgs. 25 luglio 1998 (di seguito d.lgs. 286/1998, legge «Turco-Napolitano»), dove la regola era costituita dall'intimazione allo straniero irregolare a lasciare il territorio dello Stato entro quindici giorni dalla notifica del provvedimento di espulsione/rimpatrio. Con le modifiche apportate dalla legge 30 luglio 2002, n. 18, legge «Bossi-Fini», la situazione è completamente cambiata. Infatti, dal 2002 in poi non si prevedeva più che il decreto prefettizio fissasse un termine per la partenza volontaria, tutti i decreti espulsivi erano eseguiti mediante la procedura dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica. La *ratio* della direttiva era quella di conferire alla partenza volontaria una valenza premiale, non prevedendo, in caso di rimpatrio entro il termine prescritto, il divieto di reingresso. Il legislatore italiano ha però ritenuto che l'unico modo per scoraggiare l'irregolarità potesse essere quello della repressione penale mediante la minaccia di sanzioni restrittive della libertà personale: e ciò, attraverso la detenzione

in carcere in attesa che si possa procedere all'espulsione coattiva o all'allontanamento volontario. Difatti, i delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, previsti all'art. 14, co. 5-ter e co. 5-quater, d.lgs. 286/1998, rappresentano un tipico esempio dell'uso del diritto penale nel contrasto all'immigrazione clandestina.

Al fine di meglio inquadrare la disciplina in esame, va ricordato che dopo la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *El Dridi* (C-61/11 sent. del 28 aprile 2011), e al fine di scongiurare l'avvio di una procedura d'infrazione da parte dell'Unione europea nei confronti dello Stato italiano, il 23 giugno 2011 il Consiglio dei Ministri ha adottato il decreto legge n. 89 recante disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari per il recepimento della direttiva 2008/115 sul rimpatrio di cittadini di paesi terzi irregolari. La direttiva rimpatri (2008/115), infatti, tiene conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in base alla quale «il principio di proporzionalità esige che il trattamento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, vale a dire non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito».

La menzionata pronuncia della Corte di giustizia, nel constatare il mancato recepimento della direttiva da parte dell'ordinamento italiano, afferma perentoriamente l'efficacia diretta degli articoli 15 e 16, in quanto disposizioni sufficientemente precise e incondizionate e rileva un contrasto tra la normativa italiana e la disciplina comunitaria, non prevedendo la prima la gradazione delle misure da adottare nell'esecuzione della decisione di rimpatrio. Partendo da tali premesse normative e interpretative la Corte, nell'affermare che «gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati» ma «detti Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile», mette in evidenza, ancora una volta, che ogni disciplina interna che osti alla piena efficacia del diritto dell'Unione europea è una norma incompatibile con quella dell'Unione e, pertanto, dovrà essere disapplicata.

Diversamente potranno adottare sanzioni una volta conclusa la procedura di rimpatrio nei confronti degli stranieri, qualora le misure coercitive previste dalla direttiva siano rimaste senza effetto rispetto allo scopo di scoraggiare ulteriori ingressi e soggiorni irregolari, ma tali sanzioni dovranno continuare a perseguire il solo obiettivo dell'allontanamento. Infatti, per meglio chiarire, nel caso sussista un rischio di fuga o che il cittadino straniero eviti od ostacoli la preparazione

del rimpatrio o dell'allontanamento, la normativa italiana sarebbe in contrasto con l'articolo 15 che non permette un trattenimento superiore a diciotto mesi; mentre se la finalità fosse quella di punire l'inottemperanza dell'ordine di allontanamento, la sanzione, comminando la detenzione in carcere, sarebbe ancora in contrasto con la direttiva che impone agli Stati di fare tutto il possibile per raggiungere il fine dell'allontanamento.

Dunque, conclude la Corte, una normativa che «prevede l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo», è incompatibile con la direttiva 2008/115 e, in particolare, con gli articoli 15 e 16.

3. La necessità della previsione di un ricorso con effetto sospensivo

La direttiva in questione prevede, agli articoli 13 e 14, il cui contenuto va necessariamente letto alla luce dei diritti fondamentali contemplati dalla Carta, norme relative ai mezzi di ricorso disponibili contro le decisioni di rimpatrio ed alle garanzie offerte ai cittadini di Paesi terzi che siano stati oggetto di una decisione di tale tenore e che si trovino proprio in attesa di essere rimpatriati.

Il ricorso previsto dal summenzionato art. 13, par. 1, non produce un effetto sospensivo del provvedimento di rimpatrio, ma in ogni caso tali caratteristiche devono essere determinate conformemente all'art. 47 della Carta e la facoltà di prevedere l'effetto sospensivo deve essere interpretata anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte, nella sentenza in commento, richiama in particolare l'art. 19, par. 2, della Carta che dispone il divieto assoluto di allontanare un individuo verso uno Stato in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, nonché la giurisprudenza della CEDU, ai termini della quale la decisione di allontanare uno straniero affetto da una malattia fisica o psichica grave verso un Paese in cui i mezzi per la cura di tale malattia sono inferiori a quelli disponibili nello Stato di espulsione può, in casi del tutto eccezionali, comportare una violazione del principio di *non-refoulement*, quindi anche dell'art. 5 della direttiva 2008/115 ai sensi del quale gli Stati membri applicano le sue norme, tenendo nella debita considerazione, *inter alia*, le condizioni di salute del cittadino di Paese terzo e rispettando il principio di *non-refoulement*.

All'uopo è bene ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito che quando uno Stato decida di rimandare uno straniero in un Paese in cui vi siano seri motivi di temere che egli possa correre un rischio effettivo di subire trattamenti contrari all'art.

3 della CEDU, l'effettività del ricorso ivi previsto impone che l'interessato disponga di un mezzo di ricorso con effetto sospensivo *ex lege*.

4. Garanzia della presa in carico delle necessità primarie degli interessati

Per quanto concerne poi la questione riguardante la presa in carico delle necessità primarie dei soggetti interessati, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, emerge che l'art. 9, paragrafo 1, lettera *b*), della direttiva impone il rinvio dell'allontanamento per tutta la durata della sospensione concessa ai sensi dell'art. 13 della direttiva stessa, e che deve ricomprendere tutte le situazioni nelle quali uno Stato membro sia tenuto a sospendere l'esecuzione di una decisione di rimpatrio in seguito alla proposizione di un ricorso contro tale decisione; in ogni caso, gli Stati membri sono tenuti ad offrire allo straniero le garanzie approntate dall'art. 14 della direttiva 2008/115.

La portata delle garanzie previste dall'art. 14 deve pertanto essere interpretata alla luce del suo obiettivo, che tende a stabilire norme chiare ed eque per definire una politica di rimpatrio che sia non solo efficace, ma che consenta anche di assicurare il rispetto dei valori sanciti dalla Carta.

Pertanto, l'art. 14 della direttiva 2008/115 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che limita, ai cittadini di paesi terzi con soggiorno irregolare che hanno proposto un ricorso avverso la decisione di rimpatrio, la possibilità di essere presi in carico per soddisfare necessità primarie alla sola assistenza sanitaria urgente. In una tale situazione, e per l'intera durata del procedimento contenzioso, lo Stato membro è tenuto a garantire una presa in carico sufficiente delle necessità primarie dell'interessato, in modo da assicurare il suo sostentamento e un livello di vita dignitoso e adeguato per la sua salute, consentendogli, specificamente, di disporre di un alloggio, e tenendo conto, se del caso, delle sue esigenze particolari.

I giudici di Lussemburgo si sono espressi in merito alla incompatibilità, col diritto dell'Unione, della normativa nazionale venuta in rilievo nel giudizio *de quo* nella misura in cui essa non preveda un mezzo di ricorso con effetto sospensivo avverso una decisione di rimpatrio la cui esecuzione possa esporre l'interessato cittadino di Paese terzo ad un rischio serio di deterioramento grave ed irreversibile delle sue condizioni di salute.

È vero che nell'ambito dell'art. 234 CE (oggi, art. 267 TFUE) la Corte non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali, né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario, ma può solo limitarsi a fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione attinenti al diritto dell'Unione europea che gli permettono di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto. Ma è altresì evidente che il supremo giudi-

ce europeo opera di fatto una forma di controllo sulle legislazioni nazionali, pronunciandosi più o meno direttamente sulla compatibilità tra una certa disciplina nazionale e quella europea.

Indice rilevatore di un giudizio del genere è l'utilizzo, nel dispositivo, di una formula che esplicita che il diritto comunitario osta o non osta ad una determinata disciplina o previsione normativa nazionale.

La Corte di giustizia con la disamina della sentenza 562/13 mette in evidenza, ancora una volta, che ogni disciplina interna che osti alla piena efficacia del diritto dell'Unione europea è una norma incompatibile con quella dell'Unione e, pertanto, dovrà essere disapplicata. Su tale principio ha affermato che la direttiva 2008/115, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, letta alla

luce degli articoli 19, paragrafo 2, e 47 della Carta, osta a una normativa nazionale che non conferisce effetto sospensivo a un ricorso proposto contro una decisione che ordina a un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia di lasciare il territorio di uno Stato membro, quando l'esecuzione di tale decisione può esporre tale cittadino di paese terzo a un serio rischio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute, e che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di detto cittadino di paese terzo, e ciò al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale tale Stato membro è tenuto a rinviare l'allontanamento del medesimo cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di tale ricorso.

DIRITTO INTERNAZIONALE

Libertà di stampa – Sanzioni penali – Art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Diritto al rispetto della vita privata – Tutela dei diritti umani¹

Per la prima volta la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sull'utilizzo di una telecamera nascosta da parte dei giornalisti svizzeri, finalizzato a un reportage di interesse generale per la collettività. La Corte ritiene che la condanna dei giornalisti per l'uso di una telecamera nascosta è una violazione della libertà di stampa quando questi denunciano questioni di interesse generale.

Corte europea dei diritti umani, *Haldimann e a. c. Svizzera*, sentenza depositata il 24 febbraio 2015

Per documentare pratiche contrarie ai consumatori nella vendita di polizze assicurative, una giornalista si era finta cliente ed aveva registrato un breve colloquio con un broker. Il filmato era andato in onda nel corso di un reportage. I giornalisti dell'emittente televisiva erano stati condannati in sede penale a una sanzione pecuniaria dal giudice nazionale.

Si tratta questa, secondo l'iter argomentativo della Corte di Strasburgo, di una conclusione in contrasto con l'articolo 10 della Convenzione europea. È vero che c'è stata un'ingerenza nella vita del broker che non era, per di più, un personaggio pubblico, ma i giornalisti hanno messo in primo piano l'interesse della collettività a ricevere informazioni su una questione di rilievo generale, cercando di rispettare le regole deontologiche anche rendendo non riconoscibile l'agente assicurativo. Certo, la televisione ha un effetto più immediato e potente della stampa scritta, ma non vi era alcun segno distintivo utile a identificare il broker. I giornalisti avevano avuto, poi, l'accortezza di incontrare l'agente in un luogo diverso rispetto agli uffici dell'assicurazione e gli avevano dato la possibilità di intervenire nel corso della trasmissione, segno di voler rispettare le regole deontologiche.

Il servizio, inoltre, non era focalizzato sull'agente e non mirava a formulare critiche sulla sua persona, ma era incentrato sulle pratiche commerciali di una categoria professionale. Senza trascurare un altro aspetto, sostiene la Corte di Strasburgo, ossia che la veridicità delle informazioni non è mai stata contestata. È vero che c'è stata un'ingerenza nel diritto garantito dall'articolo 8 della Convenzione europea ossia il diritto al rispetto della vita privata ma questa non è stata di particolare gravità con la conseguenza che la sua tutela non può certo occultare l'interesse pubblico alla notizia oggetto del servizio televisivo che era la protezione dei consumatori.

La Corte europea boccia anche le valutazioni dei giudici svizzeri che, nel disporre la condanna dei giornalisti, hanno dato peso al fatto che il reportage non era in grado di raggiungere il risultato prefissato e che non aggiungeva elementi nuovi al dibattito, in pratica suggerendo l'uso di altri modi per effettuare la denuncia. Una tesi del tutto respinta da Strasburgo per la quale ciò che conta è che il reportage sia suscettibile di contribuire a un dibattito su una questione di interesse generale, senza che rilevi il risultato conseguito. D'altra parte, la Corte europea, in più occasioni, ha chiarito che i giudici nazionali non possono sostituirsi ai giornalisti nelle scelte sui mezzi da utilizzare o nello stile impiegato per portare all'attenzione dell'opinione pubblica un tema di interesse generale.

Sul fronte delle sanzioni, Strasburgo constata che la multa è stata lieve ma la condanna penale in sé, malgrado il carattere minore della pena inflitta, ha un effetto deterrente sulla libertà di stampa, spingendo il giornalista, per evitare condanne e processi, ad astenersi dal fornire notizie di interesse pubblico anche scottanti.

In definitiva la Corte europea dei diritti dell'uomo si esprime dando ragione ai giornalisti e condanna la Svizzera i cui giudici nazionali avevano sanzionato i reporter per la diffusione delle registrazioni senza autorizzazione della persona interessata. La decisione presa dalla Corte costituisce un ulteriore rafforzamento della libertà di stampa.

¹ I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: www.hudoc.echr.coe.int.

Violazione articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Gli Stati sono tenuti ad adottare adeguate misure per garantire una sicura custodia delle intercettazioni telefoniche depositate in un fascicolo processuale. In caso contrario, è certa una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Apostu c. Romania*, sentenza depositata il 3 febbraio 2015

Alla Corte europea dei diritti dell'uomo si è rivolto un ex sindaco di una cittadina rumena accusato di corruzione e sottoposto a custodia cautelare. Durante la fase delle indagini e prima del processo, erano stati pubblicati stralci virgolettati di intercettazioni telefoniche, molte delle quali non riguardanti il reato contestato ma la sua vita privata. Di qui il ricorso alla Corte di Strasburgo. Chiarito il rispetto del previo esaurimento dei ricorsi interni, considerando che i rimedi nazionali non erano effettivi, la Corte, riconosciuto che le condizioni di detenzione del ricorrente erano in contrasto con gli standard a tutela dei diritti umani, con la conseguente violazione dell'articolo 3 della CEDU che vieta trattamenti disumani e degradanti, è passata ad analizzare il mancato rispetto del diritto alla vita privata e familiare. Gli Stati – osserva Strasburgo – sono tenuti ad organizzare i propri servizi e l'attività delle proprie istituzioni in modo tale che le informazioni confidenziali non siano divulgate. Se ciò non avviene e se lo Stato non assicura adeguati strumenti di riparazione è certa una violazione dell'articolo 8 poiché è evidente che le autorità nazionali non hanno messo in atto gli obblighi positivi su di essi incombenti. Di conseguenza, la fuga di notizie verso la stampa di informazioni non pubbliche provenienti dal fascicolo processuale, è imputabile allo Stato (e non – si desume dal ragionamento della Corte – alla stampa) costituendo un'ingerenza nella vita privata dell'indagato. Se si realizza una pubblicazione sugli organi di stampa di stralci di intercettazioni, attinte da un fascicolo e coperte da segreto, la responsabilità è dello Stato che non adotta misure per garantire la segretezza dei fascicoli e per impedire fughe di notizie.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Principi di parità di trattamento e di non discriminazione – Obbligo di trasparenza – Riferimento ad un prodotto recante un marchio commerciale – Valutazione dell'equivalenza del prodotto proposto da un offerente – Cessata fabbricazione del prodotto di riferimento

L'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011, non è applicabile a un appalto pubblico il cui valore non raggiunga la soglia di applicazione prevista da tale direttiva. Nell'ambito di un appalto pubblico non assoggettato alla predetta direttiva, ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice non può respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara basandosi su motivi non previsti in tale bando.

C.G.U.E., Quinta Sezione, sentenza 16 aprile 2015, causa C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in seguito: direttiva 2004/18), come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la *SC Enterprise Focused Solutions SRL* (in prosieguo: l'«EFS») e lo *Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia* (ospedale distrettuale per le urgenze di Alba Iulia) in merito alla decisione di quest'ultimo di escludere l'offerta presentata dall'EFS nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico².

Il giudice del rinvio muove dall'ipotesi che la direttiva 2004/18 sia applicabile nell'ambito del procedimento principale senza, però, fornire elementi da cui risulti l'applicabilità di tale atto di diritto derivato. Invero, le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive dell'Unione europea che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia

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/>.

prevista espressamente in ciascuna delle citate direttive. Pertanto, ricorda la Corte di giustizia, «le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (sentenza SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 19 nonché giurisprudenza ivi citata)». Quindi, l'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18 non si applica nell'ambito del procedimento principale. Nondimeno, all'aggiudicazione di appalti *de qua* si applicano le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché tali appalti presentino un interesse transfrontaliero certo, «tenuto conto di determinati criteri oggettivi (v., in tal senso, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 23 e giurisprudenza ivi citata)». Del resto, da giurisprudenza costante risulta che, nonostante il giudice del rinvio non faccia direttamente riferimento alle norme fondamentali e ai principi generali del diritto dell'Unione nella decisione di rinvio, la Corte può prendere in considerazione norme di diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale al fine di fornire a quest'ultimo una soluzione utile. Ne segue che la questione pregiudiziale va intesa nel senso che essa, nell'ambito di un appalto non assoggettato alla direttiva 2004/18 ma che presenta un interesse transfrontaliero certo, verte sulle conseguenze delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

Occorre sottolineare inoltre che, nel procedimento principale, la cessata fabbricazione con mantenimento della disponibilità nel mercato non concerne il prodotto presentato da un offerente, ma il prodotto cui si riferisce la specifica tecnica controversa. Pertanto, la questione pertinente è se un'amministrazione aggiudicatrice, che ha definito una specifica tecnica facendo riferimento a un prodotto di un marchio determinato, possa, in caso di cessata fabbricazione di quest'ultimo prodotto, modificare tale specifica facendo riferimento al prodotto analogo del medesimo marchio che è oramai prodotto, le cui caratteristiche sono differenti. Quanto ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché all'obbligo di trasparenza, va riconosciuta agli Stati membri una certa discrezionalità nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto di tali principi, «i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico (sentenza Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti 31 e 32) [...] L'obbligo di trasparenza ha segnatamente lo scopo di eliminare il rischio di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (v., per quanto

riguarda l'articolo 2 della direttiva 2004/18, sentenza SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).» (punti 25-26). Tale scopo non sarebbe raggiunto se l'amministrazione aggiudicatrice potesse svincolarsi dalle condizioni da essa stessa stabilite. Pertanto, le è vietato di modificare i criteri di aggiudicazione nel corso della procedura di aggiudicazione. I principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza hanno, al riguardo, il medesimo effetto quanto alle specifiche tecniche. E nel caso di specie, «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza vietano all'autorità aggiudicatrice di respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara sulla base di motivi non previsti in tale bando (sentenza Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punto 54)» (punto 28). Di conseguenza, successivamente alla pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice non può procedere a una modifica della specifica tecnica relativa ad un elemento dell'appalto, in violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza. Non rileva, al riguardo, che l'elemento cui si riferisce tale specifica sia o meno tuttora fabbricato o disponibile in commercio.

In definitiva, la Corte risponde alla questione posta dichiarando che l'articolo 23, paragrafo 8, della direttiva 2004/18 non è applicabile a un appalto pubblico il cui valore non raggiunge la soglia di applicazione prevista da tale direttiva. Nell'ambito di un appalto pubblico del genere che presenta un interesse transfrontaliero certo, le norme fondamentali e i principi generali del Trattato, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, comportano che l'amministrazione aggiudicatrice non può respingere un'offerta che soddisfa i requisiti del bando di gara basandosi su motivi non previsti in tale bando.

Ordinamento giudiziario

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI.

L'ANALISI DI UNA SCELTA SBAGLIATA 204
di Aldo Aceto, Stefano Amore, Mario Fiore, Giuseppe Marra, Paola Mastroberardino

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. L'analisi di una scelta sbagliata

abstract

In this article the Authors analyze the new rules of civil liability of judges as recently introduced by L. 27 February 2015 n. 18.

The Authors, after comparing the same with the discipline of some European systems and have highlighted the major decisions of the Court of Justice of the European Union, dwell on the profiles of unconstitutionality of the new rules, and in particular on the problematic notion of misinterpretation the fact and the evidence (in the light of recent jurisprudence of legitimacy). Finally the Authors analyze the controversial relationship between liability and disciplinary responsibility of judges.

keywords

Judges, Civil liability, disciplinary liability.

abstract

Nel presente saggio si analizza la nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati come introdotta di recente dalla legge 27 febbraio 2015 n. 18.

Gli Autori, dopo aver comparato la stessa con la disciplina di alcuni ordinamenti europei ed aver messo in luce le principali pronunce della Corte di Giustizia della Unione Europea, si soffermano sui profili di illegittimità costituzionale della nuova disciplina, ed in particolare sul problematico concetto di travisamento del fatto e della prova (anche alla luce della recentissima giurisprudenza di legittimità). Infine si analizzano i controversi rapporti tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare dei magistrati.

parole chiave

Magistrati, Responsabilità civile, Responsabilità disciplinare.

sommario

1. L'analisi della nuova disciplina. – **2.** La responsabilità civile dei magistrati in alcuni ordinamenti europei. – **3.** La giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. – **4.** Profili di illegittimità costituzionale della nuova disciplina – **5.** Il problematico concetto di travisamento del fatto e della prova nella giurisprudenza di legittimità. – **5.1.** Il travisamento del fatto nella giurisprudenza civile. – **5.2.** Il travisamento del fatto nel-

la giurisprudenza penale. – **5.3.** Il travisamento della prova nella giurisprudenza penale. – **5.4.** Conclusioni. – **6.** I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare dei magistrati.

1. L'analisi della nuova disciplina

Come è noto è stata approvata con una larga maggioranza parlamentare la legge 27 febbraio 2015, n. 18, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 52 del 4 marzo 2015, che introduce la nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati modificando in gran parte la cd. legge Vassalli (l. n. 117/1988). È stata confermata l'opzione della responsabilità indiretta dei magistrati, conformemente a quanto previsto in tutti quei Paesi che hanno una normativa sulla responsabilità civile dei magistrati, ma le modifiche apportate dalla l. n. 18/2015 hanno inciso in modo assai significativo e negativo sulla disciplina prevista dall'originaria legge cd. Vassalli. In particolare si segnala che è stato eliminato completamente il filtro di ammissibilità della domanda (con l'abrogazione dell'art. 5), per cui tutte le azioni di risarcimento intentate in prima battuta contro lo Stato, anche quelle manifestamente inammissibili (ad esempio, perché promosse fuori dai termini indicati dalla legge) daranno vita ad un processo che non potrà essere definito in una sola udienza. Ne consegue che l'instaurazione e la pendenza di una ordinaria causa civile legittimerà il ricorrente a chiedere nel procedimento in cui vi sarebbe stato l'atto giudiziario o la condotta lesiva in suo danno, la ricsuzione del magistrato contro cui egli ha agito in giudizio per il risarcimento. Al contempo il magistrato interessato potrebbe chiedere a sua volta di astenersi, ricorrendo in tutta evidenza gravi ragioni di convenienza.

Queste circostanze si verificheranno certamente tutte le volte in cui il magistrato decidesse di costituirsi da subito in giudizio (quindi già nel fase del processo intentato contro lo Stato), dato che in quei casi egli diventerà formalmente parte in causa; in ogni caso la dichiarazione di ricsuzione del giudice, comporterà l'instaurazione del sub procedimento ad essa conseguente, con l'inevitabile rallentamento dell'attività processuale.

Va evidenziato che il rischio di azioni strumentali volte a far sostituire nel giudizio in corso il magistrato che se ne sta occupando, con il meccanismo della

ricusazione/astensione di cui sopra, non è per nulla scongiurato dai limiti temporali contenuti nell'art. 4, commi 2, 3 e 4.

Infatti il principio generale stabilito dal comma 2, in cui è previsto che l'azione contro lo Stato può essere esercitata solo quando «... siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento, ovvero se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno», trova una possibile deroga nel successivo comma 4, in cui è previsto espressamente che: «L'azione può essere esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto che ha cagionato il danno, se in tale termine non si è concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si è verificato». Ad esempio se il presunto danno deriva da un provvedimento cautelare o reale, che di regola può essere modificato o revocato in ogni stato e grado del processo, ciò nonostante si potrà agire contro il magistrato che lo ha emesso, se alla scadenza dei tre anni dall'emissione del provvedimento cautelare (oppure del rigetto della richiesta di revoca dello stesso) non si è però concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si è verificato. Tali ipotesi non appaiono per nulla improbabili, tenuto conto dei tempi necessari a celebrare processi complessi con tanti parti o tanti imputati. In questi casi la mancanza del filtro di ammissibilità rende più concreto il rischio di interferenze con lo svolgimento dell'attività giudiziaria, senza tener conto del pregiudizio per la serenità del magistrato che sa di essere stato citato in giudizio nel corso di un procedimento ancora in corso. Oltre all'eliminazione del filtro di ammissibilità la nuova legge ha certamente ampliato l'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità civile dei magistrati. Infatti il novellato art. 2, comma 3, che individua i casi di colpa grave, accanto alle ipotesi già presenti dell'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del processo o della negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del processo, introduce la nuova ipotesi del "travisamento del fatto o delle prove", di cui è oscura l'effettiva portata se si accede alla tesi, quella che appare più lineare dal punto di vista interpretativo, che tale ultima ipotesi è distinta ed autonoma rispetto a quelle già presenti. Il legislatore ha poi sostituito all'ipotesi della colpa grave connessa alla "...grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile", quella della "violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea", in cui, vi è un richiamo espresso, a nostro avviso superfluo, alla normativa europea, che ben poteva rientrare nel concetto generale della violazione della legge. Si evidenzia che nei presupposti dell'azione nei confronti dello Stato, con riguardo alle condotte

che costituiscono colpa grave è stato eliminato il riferimento alla negligenza inescusabile del magistrato, invece previsto espressamente dal testo precedente dell'art. 2, comma 3, che quindi limitava l'ipotesi di responsabilità ai casi più macroscopici, quelli appunto in cui la negligenza inescusabile connotava la colpa grave del magistrato.

La negligenza inescusabile o il dolo rimangono tuttavia presupposti, in astratto necessari, per esercitare l'azione di rivalsa da parte dello Stato, ma tale circostanza potrà evidentemente essere accertata solo entrando nel merito della domanda di rivalsa, quindi svolgendo un processo nel quale il magistrato sarà certamente convenuto da parte dello Stato e avrà l'onere di difendersi. È facile prevedere quindi che la Presidenza del Consiglio eserciterà sempre l'azione di rivalsa, salvo poi verificare nel processo se la colpa grave del magistrato era connotata anche da negligenza inescusabile (es. applicazione di una norma non più in vigore da molto tempo). Con riguardo poi all'ipotesi di emissione di un provvedimento cautelare emesso fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione, la nuova legge estende l'ambito di applicazione anche ai provvedimenti cautelari reali in aggiunta a quelli personali. Nei presupposti dell'azione di rivalsa tale ipotesi di colpa grave non è espressamente richiamata, per cui rimane il dubbio se si deve escludere per lo Stato la possibilità di agire in rivalsa in questi casi, oppure se essa rientra nell'ipotesi più generale della violazione manifesta del diritto. L'ampliamento della portata applicativa della nuova disciplina si riscontra anche con riguardo alla limitazione della clausola di salvaguardia, che originariamente prevedeva che: «Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». La nuova disciplina invece esclude che la suddetta clausola di salvaguardia si applichi ai casi di dolo o di colpa grave indicati dai commi 3 e 3-bis dell'art. 2, ossia a quasi tutti i casi di colpa grave, compreso quello del travisamento del fatto o delle prove. Si tratta di una previsione che, in moltissimi casi, di fatto apre le porte ad un sindaco di merito sull'attività giudiziaria, senza che ne venga neppure esclusa l'attività di interpretazione delle norme e la valutazione delle prove, che costituiscono il nucleo centrale del libero convincimento del giudice ed in generale dell'attività giudiziaria.

Ulteriori aspetti di modifica peggiorativa per i magistrati dell'originaria disciplina si riscontrano anche: 1. nella previsione della risarcibilità del danno non patrimoniale a tutte le ipotesi di danno ingiusto, mentre in precedenza esso riguardava solo i casi di danni derivanti dalla privazione della libertà personale; 2. nella previsione di un termine di decadenza della domanda di risarcimento di tre anni dal momento in cui l'azione è esperibile, mentre prima il termine era di due anni; 3. nella previsione espressa dell'obbligo dello Stato di

agire in rivalsa (il testo precedente si limitava a dire “Lo Stato... esercita l’azione di rivalsa”, che lasciava margine di dubbio sull’obbligo di agire), procedendo entro due anni dal risarcimento avvenuto, mentre in precedenza il termine era di un solo anno; 4. nella previsione della misura della rivalsa fino ad una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio, con una trattenuta che può arrivare fino ad un terzo dello stipendio, mentre prima la rivalsa era pari ad un terzo dello stipendio con una trattenuta di massimo un quinto dello stesso.

Con riferimento infine al promovimento dell’azione disciplinare da parte del Procuratore Generale della Cassazione per i fatti che hanno dato causa all’azione di risarcimento, la norma sembra ribadire l’obbligatorietà dell’azione disciplinare, ovviamente nei soli casi in cui ricorra la violazione di una fattispecie disciplinare, mentre si può ritenere che non via sia alcun automatismo tra la conoscenza della Procura Generale (ad esempio a seguito di comunicazione da parte dello stesso ricorrente) del promovimento dell’azione di risarcimento e l’inizio del parallelo procedimento disciplinare, malgrado la norma sul punto nulla esplicita. In conclusione questo breve sunto delle principali novità introdotte dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18, lascia emergere un preoccupante ampliamento dell’ambito applicativo della disciplina della responsabilità civile dei magistrati, che a nostro avviso costituisce un serio vulnus all’indipendenza di giudizio, sotto il profilo della tutela contro azioni pretestuose, che deve essere assicurata all’attività giudiziaria, con profili di contrasto ai principi costituzionali che la regolano.

2. La responsabilità civile dei magistrati in alcuni ordinamenti europei

Riportiamo in apertura un breve ma chiarissimo sunto redatto dalla studiosa TULLIA PENNA, pubblicato nel marzo 2015 su Rivista di Affari Europei - Europae: «In Portogallo, Francia e Belgio vige un sistema di responsabilità indiretta, nel quale la rivalsa dello Stato sul singolo giudice è meramente facoltativa in Francia e vincolata alle ipotesi dolose in Belgio e Portogallo. Diversamente, nei Paesi Bassi e in Germania la rivalsa non è nemmeno prevista. Ancora, in Spagna, tale rivalsa dipende da un’ulteriore sentenza che accerti la dolo o la colposità grave della condotta del magistrato. Tali impostazioni sono state giustificate anche grazie alla loro conformità con la Carta Europea sullo Statuto dei Giudici, approvata in seno al Consiglio d’Europa nel 1998. Un atto che, pur nella sua estraneità al diritto comunitario, ha contribuito vigorosamente allo sviluppo della disciplina della responsabilità dei magistrati europei. Un orientamento confermato anche nella successiva raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa (n. 12/2010) nella quale è stato affermato come “soltanto lo Stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può ri-

chiedere l’accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un’azione innanzi a un tribunale».

Altri casi: INGHILTERRA e IRLANDA:

Ben più estrema, invece, l’impostazione dei Paesi di common law: in Inghilterra, Irlanda e a Cipro vige il principio della *judicial immunity* (immunità tanto generale, quanto in particolare da ogni forma di *civil liability*). In tali sistemi i magistrati sono esenti da responsabilità per gli atti compiuti nell’esercizio delle loro funzioni al fine di assicurarne indipendenza e imparzialità. Una forma di responsabilità patrimoniale è prevista esclusivamente in casi di massima gravità, mentre il regime disciplinare risulta tendenzialmente allentato, a differenza di quanto avviene per i colleghi statunitensi, sottoposti a severe valutazioni. L’antica ipotesi dell’*impeachment* dei giudici risulta ormai sostituita dall’*address*, cioè dalla procedura di rimozione dall’ufficio dei magistrati delle corti superiori, a seguito di istanza presentata da entrambi i rami del Parlamento all’attenzione della Corona, nei casi di difetto di giurisdizione, incapacità, negligenza e diniego di giustizia. Appare perciò evidente come la disciplina della responsabilità dei magistrati in Europa sia tutto fuorché organica e omogenea, ispirandosi a differenti orientamenti, spesso non convergenti nemmeno a livello di principi di massima”.

In maggior dettaglio evidenziamo poi la disciplina della responsabilità civile dei magistrati nei Paesi più importanti d’Europa, che risulta così regolata (dati raccolti da un elaborato dei Servizi parlamentari della Camera dei Deputati):

FRANCIA:

In Francia la peculiarità della funzione giurisdizionale ha da sempre imposto una particolare cautela nella previsione della responsabilità di coloro che la esercitano. Progressivamente i magistrati dell’ordine giudiziario sono stati percepiti come professionisti tenuti alla buona realizzazione dei loro compiti nell’esercizio dei loro poteri giurisdizionali e, pertanto, non esenti dall’applicazione di un principio generale di responsabilità civile, temperato tuttavia dalla necessità di preservarli dal moltiplicarsi di azioni legali di risarcimento da parte di ricorrenti semplicemente insoddisfatti del contenuto delle decisioni giudiziarie prese nei loro confronti.

Per tali ragioni è lo Stato a rispondere, in via prioritaria, degli eventuali danni (e interessi) determinati dall’amministrazione della giustizia nei confronti di coloro che sono ad essa sottoposti. Sono previsti i seguenti tre regimi di responsabilità civile dei magistrati (*Code de l’organisation judiciaire*, artt. L 141-1 e ss.): il primo riguarda la responsabilità per funzionamento difettoso del servizio giudiziario (*fonctionnement défectueux du service de la justice*), il cui campo di applicazione risulta peraltro limitato alle due ipotesi del-

la colpa grave (*faute lourde*) e del diniego di giustizia (*déni de justice*) (art. L 141-1); il secondo concerne la responsabilità per colpa personale (*faute personnelle*) dei magistrati ordinari (i magistrati del Corpo giudiziario) ed è soggetto alla disciplina contenuta nello *statut de la magistrature* (art. L 141-2); il terzo è relativo alla responsabilità per colpa personale degli altri giudici (ad es., i giudici amministrativi o quelli appartenenti a giurisdizioni speciali) ed è appositamente regolato da leggi speciali o, in loro assenza, segue il procedimento della cosiddetta “*prise à partie*” (art. L 141-3).

In tutti e tre i casi la responsabilità civile viene fatta valere contro lo Stato e non è ammessa l'azione diretta contro i magistrati: è lo Stato, pertanto, a garantire le vittime anche dei danni causati dalle colpe personali dei magistrati, fatta salva la facoltà dello Stato di rivalersi su questi ultimi.

Per ciò che riguarda, in particolare, il primo regime, il funzionamento difettoso della giustizia si riferisce all'insieme di attività in cui si esplica il servizio della giustizia: sentenze, provvedimenti e atti giurisdizionali, ma anche tutti gli atti giuridici o materiali connessi all'esercizio del servizio, nonché gli atti delle autorità amministrative che collaborano al servizio della giustizia. La responsabilità diretta dello Stato nei confronti delle vittime deriva dalla nozione di colpa del servizio (*faute de service*) riconosciuta a carico dello Stato, indipendentemente dall'accertamento di una responsabilità personale dell'autore materiale del danno. Tuttavia, come richiamato in precedenza, i casi di malfunzionamento del servizio giudiziario sono circoscritti ai due casi, rispettivamente, di colpa grave (ad esempio, la divulgazione alla stampa di atti giudiziari o la sparizione, in determinate circostanze, di dossier istruttori) e di diniego di giustizia (ad esempio, la fissazione eccessivamente tardiva di un'udienza o una sentenza che dopo lungo tempo ancora non viene pronunciata). Il secondo regime si basa sul concetto di “colpa personale” del giudice, che tuttavia, secondo il dettato dell'art. 11-1 dello *statut de la magistrature*, va intesa come comportamento lesivo del magistrato, ma sempre collegato al servizio pubblico della giustizia (*faute personnelle se rattachant au service public de la justice*) o non distaccabile da quel servizio o, per lo meno, non privo di collegamenti con il servizio pubblico della giustizia. In questo caso lo Stato – come già ricordato – può rivalersi con un'azione riconvenzionale nei confronti del giudice personalmente responsabile del danno. Anche il terzo regime di responsabilità civile si fonda sulla colpa personale del giudice, ma, a differenza del precedente, si applica ai magistrati non appartenenti al Corpo giudiziario (come i giudici amministrativi o i giudici speciali) e, invece di essere regolato dallo *statut de la magistrature*, segue la procedura della “*prise à partie*”. Tale procedura, regolata in dettaglio dagli artt. 366-1 e ss. del *Code de procédure civile*, è ammessa nei seguenti casi: dolo, frode, concussione, colpa grave e

diniego di giustizia. Ma, sebbene qui la responsabilità civile riguardi il comportamento personale del giudice (rientrando nelle fattispecie appena menzionate) e non un suo comportamento legato al servizio pubblico della giustizia, è sempre lo Stato a rispondere civilmente delle condanne al risarcimento dei danni e interessi che possono essere pronunciate contro i magistrati. La causa è di competenza della Corte d'Appello della circoscrizione nella quale il giudice interessato tiene le sue udienze. La *prise à partie* per essere procedibile deve essere autorizzata preventivamente dal Primo Presidente della Corte d'appello, che decide dopo aver acquisito il parere del Procuratore generale presso la Corte, ossia del Pubblico Ministero. Il rifiuto del Primo Presidente può essere impugnato davanti ad una *Chambre civile* della Corte di Cassazione.

GERMANIA:

La Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz - GG*), all'articolo 34, sancisce la responsabilità dello Stato (Federazione o Land) in caso di violazione dei doveri della funzione da parte di un giudice. La responsabilità risarcitoria è, dunque, indiretta, nel senso che il preteso danneggiato non può direttamente chiamare in causa il giudice di cui si vuole far valere la responsabilità. La fattispecie della responsabilità è quella prevista dall'articolo 839 del Codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), rispetto alla quale opera il criterio di imputazione (allo Stato) stabilito dall'articolo 34 GG. L'articolo 839, comma 1, del Codice civile tedesco, stabilisce la responsabilità del funzionario pubblico (*Beamter* - categoria nella quale sono ricompresi i giudici) che violi dolosamente o colposamente i doveri d'ufficio di cui è titolare; tale responsabilità comporta il risarcimento del danno subito da terzi. Al comma 2, la stessa disposizione prevede la responsabilità del funzionario che violi i propri doveri nell'emanazione di provvedimenti (*Urteil*) nel quadro di una vertenza, e la conseguente responsabilità, se la violazione commessa costituisce reato. Quindi, l'obbligo di risarcimento da parte del giudice sorge quando, nel corso di un procedimento giurisdizionale, egli abbia cagionato un danno attraverso la violazione dell'articolo 839, comma 2, quando cioè ha commesso un reato. Non rientrano in queste ipotesi il rifiuto o il ritardo di esercitare le proprie funzioni, rispetti ai quali opera l'immunità giudiziaria (*Richterprivilege*) posta a fondamento dell'indipendenza della magistratura. Tale indipendenza richiede, infatti, che nell'interesse dell'imparzialità del giudice, egli non debba temere azioni o ritorsioni per le decisioni assunte; la garanzia di indipendenza della magistratura, inoltre, è stabilita nell'interesse della certezza del diritto, che verrebbe incrinata se la pretesa inesattezza di una decisione giudiziaria fosse oggetto non soltanto della revisione da parte di un altro giudice secondo le comuni norme procedurali, ma anche di azioni giudiziarie per atto illecito.

Sotto il profilo soggettivo, le disposizioni in materia di responsabilità e le relative esimenti si applicano tanto ai giudici di ruolo che a quelli onorari (figure contemplate dall'ordinamento giudiziario tedesco a livello di *Länder*). Sotto il profilo oggettivo, la nozione di *Urteil* di cui all'articolo 839, comma 2, BGB, comprende una gamma di provvedimenti giurisdizionali adottati non soltanto ad esito e a chiusura di un procedimento (sentenza), ma anche durante il suo svolgimento. In base all'interpretazione giurisprudenziale, rientrano nella nozione atti processuali aventi carattere tendenzialmente definitivo, quali la decisione di condanna alle spese oppure le decisioni che sottopongono a tutela o a curatela le persone. Ne sono, invece, esclusi gli atti processuali a carattere tendenzialmente provvisorio, quali, ad esempio, le ordinanze relative all'ammissione di prove, le decisioni sul valore della lite, e, in ambito penale, il mandato di arresto, gli ordini di perquisizione, le ordinanze di sospensione della patente di guida.

SPAGNA:

La normativa in materia di responsabilità civile dei giudici e dei magistrati è contenuta in alcuni articoli della *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial* (LOPJ). L'art. 16 della LOPJ stabilisce che i giudici e i magistrati rispondono penalmente e civilmente nei casi e nella forma prevista dalle leggi. Vi è anche, agli articoli 411-413, un apposito capitolo sulla responsabilità civile. I giudici e i magistrati rispondono civilmente per i danni e i pregiudizi causati quando, nello svolgimento delle loro funzioni, incorrano in dolo o colpa (art. 411). La responsabilità civile può esigersi su istanza della parte lesa o dei suoi aventi causa, nel relativo giudizio (art. 412). La domanda di responsabilità civile non può essere presentata fino a quando non sia stata emessa la decisione che conclude il processo in cui si presuma sia stato prodotto il danno; in nessun caso la sentenza del giudizio di responsabilità civile può modificare la decisione emessa alla fine di tale processo (art. 413). Accanto a questa responsabilità di tipo personale del magistrato o giudice, esiste anche una responsabilità patrimoniale dello Stato per gli errori giudiziari, per il funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia e per l'ingiusta carcerazione preventiva. L'art. 121 della Costituzione prevede che: «I danni causati per errori giudiziari, così come quelli che siano conseguenza del malfunzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, daranno diritto a un indennizzo a carico dello Stato, conformemente alla legge». La LOPJ ha dato attuazione al precetto costituzionale, aggiungendovi la previsione dell'ingiusta carcerazione preventiva. Il titolo V del libro III della LOPJ è dedicato alla «responsabilità patrimoniale dello Stato per il funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia» (artt. 292-297). L'art. 292 della LOPJ prevede che, per i danni causati per errore giudiziario o

come conseguenza del funzionamento anomalo della giustizia, spetti ai danneggiati un indennizzo a carico dello Stato. Il danno arrecato deve essere effettivo, valutabile economicamente e individualizzato in relazione a una persona o gruppo di persone. L'art. 293 della LOPJ stabilisce che l'indennizzo per errore deve essere preceduto da una decisione giudiziaria che espressamente lo riconosca. Sia nel caso di errore giudiziario, sia di funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia, l'interessato deve presentare la propria richiesta direttamente al Ministero della giustizia. L'art. 296 prevede che lo Stato risponda dei danni prodotti da giudici e magistrati per dolo o colpa grave. In tal caso lo Stato può ripetere quanto pagato a titolo di indennizzo al danneggiato mediante un'azione di rivalsa nei confronti del giudice che ha causato il danno.

REGNO UNITO:

Il principio dell'esonero dalla responsabilità civile del magistrato per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, radicato nel common law, è tradizionalmente inteso quale presidio dell'indipendenza della magistratura nel suo complesso (precedente giurisprudenziale rilevante, a questo riguardo, è *Sirros v Moore* [1975] QB 118, in cui la corte giudicante precisò l'ambito della *judicial immunity* che tutela il giudice rispetto alla "*liability in a civil action for damages in respect of acts done in his judicial capacity*"). Il principio suddetto (codificato anche dal legislatore con riferimento ai magistrates, giudici onorari disciplinati dal *Justice of Peace Act* 1997, ss. 51, 52) ha subito temperamenti a seguito dell'incorporazione nel diritto interno della CEDU con lo *Human Rights Act* 1988, che in attuazione dell'art. 5(5) della Convenzione ha riconosciuto il diritto al risarcimento per ingiusta detenzione.

Per comprendere più a fondo la *ratio* della sostanziale immunità dei giudici nel Regno Unito appare utile riportare stralci di quanto si trova sul sito del Governo britannico (<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/>): «L'INDIPENDENZA. È di vitale importanza per una democrazia che i singoli giudici e la magistratura nel suo insieme siano imparziali e indipendenti da tutte le pressioni esterne e l'uno dall'altro, in modo che chi compare davanti a loro e il resto del pubblico possano confidare nel fatto che i loro casi saranno trattati e decisi equamente e secondo la legge. Quando i magistrati assolvono la funzione giudiziaria devono essere liberi da ogni influenza impropria. Tale influenza potrebbe arrivare da un numero imprecisato di fonti.

Potrebbe venire da improprie pressioni del potere esecutivo o legislativo, dalle parti in causa, da particolari gruppi di pressione, dai media, dall'interesse personale o da altri giudici, in particolare dai più alti in grado.

È di vitale importanza che ogni giudice possa decidere solo in base alle fonti di prova presentate in tribunale dalle parti e secondo la legge. Solo i fatti rilevanti e la legge devono costituire la base per la decisione di un giudice. Solo in questo modo i giudici possono assolvere alla loro responsabilità costituzionale di rendere giustizia con equità e imparzialità.

Tuttavia, mentre una magistratura indipendente ed imparziale costituisce una delle pietre angolari di una democrazia, le modalità concrete grazie alle quali si ottengono le condizioni che danno luogo a questo effetto sono spesso viste con sospetto.

Per esempio, i giudici godono di immunità e non possono essere perseguiti per alcun atto compiuto nell'esercizio della funzione giudiziaria. Inoltre non possono essere citati in giudizio per l'eventuale contenuto diffamatorio dei commenti sulle parti o sui testimoni pronunciati in corso di udienza.

Queste regole hanno indotto alcuni ad asserire che i giudici, in qualche modo, sono "al di sopra della legge". Ma non è così: i giudici sono soggetti alla legge come ogni altro cittadino. Però, quando esercitano le loro funzioni, devono essere liberi da qualsiasi interferenza: le parti, lo Stato, i media, o singoli individui o entità particolarmente potenti, come le grandi aziende e società. Solo i fatti e la legge devono contare nella decisione.

È necessario capire l'importanza dell'indipendenza della magistratura per la vita della democrazia e l'effetto che produce sul concetto della responsabilità dei magistrati. (<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/principles-jud-acc>): «IL CONCETTO DI RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI. Prima di tutto dobbiamo chiederci che cosa significa dire che qualcuno è responsabile, risponde delle sue azioni. In molti campi, proprio come succede con gli allenatori delle squadre di calcio, si presuppone che chi, nel suo lavoro, non riesce ad ottenere i risultati desiderati dovrebbe essere licenziato o dovrebbe dare le dimissioni.

Nel caso della magistratura, invece, sono necessarie delle cautele per assicurarsi che i giudici siano liberi di decidere i casi loro affidati senza speranza e senza timore.

Per esempio, se un politico o un giudice di alto grado ritenessero di poter licenziare un particolare giudice per il semplice fatto che non gradiscono la decisione che ha adottato, il principio dell'indipendenza giudiziaria verrebbe gravemente compromesso e non sarebbe più possibile celebrare un processo giusto.

In questa ipotesi i giudici potrebbero anche essere indotti a pronunciare sentenze ritenute più gradite a chi avesse il diritto di decidere sulla loro carriera, per stroncarla o per farla progredire. Ci sarebbe il rischio di piegare, in base all'interesse personale del giudice, una decisione che dovrebbe essere indipendente e imparziale.»

Infine vogliamo ricordare che la Commissione di Venezia, organismo istituito nel 1990 ad opera del Consiglio d'Europa per assistere gli Stati nel consolidamento e rafforzamento delle istituzioni democratiche, ha adottato un "Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del sistema giudiziario".

La prima parte di questo rapporto è intitolata "L'INDIPENDENZA DEI GIUDICI" ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=c-dlad\(2010\)004](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=c-dlad(2010)004)).

La seconda parte ha per titolo "IL PUBBLICO MINISTERO" (<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD%282010%29040-ita>).

Nella parte "L'INDIPENDENZA DEI GIUDICI", alle pagine 12 e 13, si legge che: «60. È necessario che [i magistrati] godano di una tutela da azioni civili per gli atti compiuti in buona fede nell'esercizio delle loro funzioni» e che «61. È indiscutibile che i giudici debbano essere tutelati da indebite influenze esterne. A questo scopo dovrebbero godere di un'immunità funzionale, ma solo funzionale». Nella parte "IL PUBBLICO MINISTERO", a pag. 13, sta scritto: «61. I pubblici ministeri non dovrebbero godere di una totale immunità, che potrebbe persino favorire la corruzione, bensì di un'immunità funzionale per gli atti compiuti in buona fede e conformemente ai loro doveri.».

3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E.

Come è noto la politica ha affermato che vi fosse la necessità di approvare una nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati, in quanto bisognava adeguare la disciplina italiana sul tema ai principi espressi dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In realtà, più che di ottemperanza ad obblighi nascenti dalle sentenze della Corte di Giustizia, sembra che vi sia stata la volontà del legislatore italiano di sfruttare l'occasione data dalle pronunce della C.G. per portare a termine la modifica della legge Vassalli già da tempo nel calendario di molte forze politiche, trasversalmente. Il filo conduttore della giurisprudenza comunitaria è costituito dalla sentenza Kobler del 2003, dalla cd. sentenza Traghetti del Mediterraneo del 13 giugno 2006 e dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, n. C.379-10 del 24 novembre 2011, pronunciata a seguito del procedimento di infrazione azionato dalla Commissione Europea contro l'Italia per violazione dell'art. 258 TFUE del Trattato per inadempimento agli obblighi imposti dall'Ordinamento dell'Unione. Va detto subito che in tutte le pronunce sopra menzionate non vi è alcun riferimento alla responsabilità del singolo magistrato, ma vengono indicati dei correttivi sui limiti della azionabilità dei diritti dei privati lesi dalla violazione del diritto comunitario, a causa dell'erronea interpretazione della normativa U.E. da parte del giudice nazionale. Si

tratta di un'affermazione del principio di effettività della tutela garantita dalle fattispecie comunitarie che non può trovare ostacolo nella diversa o contraria (ma non giustificata) interpretazione del giudice interno, in particolare del giudice di ultima istanza. Invero il presupposto da cui dipanano le pronunce suddette sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione al medesimo imputabile, che possono così riassumersi: la norma giuridica violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli; si deve trattare di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (principio consolidato nella giurisprudenza comunitaria v. sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 36, nonché 24 marzo 2009, causa C-445/06, Danske Slagterier, Racc. pag. I-2119, punto 20). Procedendo con ordine va osservato che il caso di cui alla sentenza 379-2010 nasce da un contenzioso tra la Commissione Europea e l'Italia relativamente alla responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado. La Corte di giustizia ha sancito, in buona sostanza che la violazione della normativa comunitaria può essere commessa anche dal giudice e in modo particolare dagli organi giurisdizionali di ultimo grado, incaricati di assicurare a livello nazionale l'interpretazione uniforme delle norme giuridiche. Sulla base di quanto già affermato nella sentenza Traghetti del Mediterraneo e nella sentenza Kobler la Corte ha ritenuto che la normativa italiana di cui alla legge n. 117/88 determini, al tempo stesso, un'esclusione della responsabilità dello Stato nel settore dell'interpretazione delle norme di diritto o della valutazione di fatti e prove nonché una limitazione della responsabilità negli altri settori di attività giurisdizionale. In un passo successivo il giudice sovranazionale afferma altresì che ad analoghe conclusioni deve giungersi nel caso in cui tale violazione risulti da un'erronea valutazioni dei fatti o delle prove con riferimento al diritto vigente. In ogni caso si tratta pur sempre di responsabilità dello Stato, giacché la Corte giammai censura il sistema nazionale di "protezione" del singolo magistrato da azioni che si possono seriamente palesare infondate, defatigatorie o a carattere emulativo. Sul punto va scongiurato ogni equivoco o suggestione. La sentenza della Corte di Giustizia censura l'interpretazione di colpa grave offerta dalla Corte di Cassazione in due arresti (sentenze 5 luglio 2007, n. 15227, e 18 marzo 2008, n. 7272) nei quali il concetto era stato ricondotto alla "macroscopica, evidente e grossolana violazione" nell'interpretazione di un fatto

o di una prova, contrastante con ogni criterio logico o giuridico, e riconduce l'alveo della nozione alla "manifesta violazione del diritto vigente" senza alcun riferimento alla responsabilità del magistrato o al travisamento del fatto o delle prove. Né a tali conclusioni si può approdare dai precedenti giurisprudenziali della Corte, se non si vuole dare un'arbitraria lettura dei precedenti contenuti nelle sentenze Kobler e Traghetti del Mediterraneo, laddove non si censura la legge n. 117/88, ma vengono stabiliti i capisaldi della corretta interpretazione del concetto di colpa grave. Infatti la sentenza Traghetti del Mediterraneo del 2006 (che richiama sul punto la sentenza Kobler del 2003), aveva semplicemente affermato che non è ammissibile una limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conduca ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato, in tutti i casi in cui sia stata accertata una violazione manifesta del diritto vigente (cfr. punti da 33 a 40 di quest'ultima sentenza). Nel nostro ordinamento l'art. 2 l. n. 117/88 nel testo ante novella, prevedeva che la responsabilità dello Stato per i danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie era limitata, secondo i commi 1 e 3 di tale articolo, ai casi di "dolo, colpa grave e diniego di giustizia" e al comma 2 disponeva che "non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove" Risulta chiaro come "travisamento del fatto o delle prove" è locuzione del tutto diversa sia sotto il profilo etimologico che delle conseguenze giuridiche, da quella di "manifesta violazione del diritto vigente" utilizzata dalla Corte di Giustizia. In nessuna delle tre sentenze esaminate, il giudice sovranazionale si è mai spinto fino al punto da imporre all'Italia di prevedere forme di responsabilità del magistrato per travisamento del fatto o delle prove. Tale operazione di *restyling* della norma nei termini riferiti apre il campo invece a possibili profili di illegittimità costituzionale, nonché di contrasto con quanto previsto dal Consiglio d'Europa nel Rapporto sulle norme Europee in materia di indipendenza del sistema giudiziario (vedi sopra cap. 2).

Tale *vulnus* si palesa ancora più evidente se si considera che la legge n. 18/2015 ha abrogato l'art. 5 della l. 117/88 che disciplinava un articolato procedimento relativo alla ammissibilità preliminare della domanda di risarcimento per responsabilità del magistrato.

Questo filtro di ammissibilità si ritiene essere espressione della tutela costituzionale garantita dagli artt. 101 e segg. Cost. alla magistratura e ai singoli magistrati, e soprattutto contribuisce a tenere ben distinta la posizione dello Stato da quella del singolo magistrato, secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, mai posta in discussione dalla Corte di Giustizia Europea, che il legislatore italiano ha omesso di considerare. Sul punto si veda in particolare la recente sentenza della Cassazione civile, sez.

III, 03.01.2014 n. 41, massimata nei seguenti termini: «In materia di responsabilità civile dei magistrati, la previsione di un giudizio di ammissibilità per l'azione risarcitoria diretta, agli effetti dell'art. 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117, costituisce attuazione delle previsioni di cui agli artt. 101 e seguenti della Costituzione in tema di tutela della funzione giurisdizionale, e segnatamente dei principi di autonomia e indipendenza del giudice, che contribuiscono all'identificazione della stessa forma repubblicana dello Stato. Ne consegue che il meccanismo del filtro di ammissibilità – salvi i casi di costituzione di parte civile nel processo penale e di sentenza penale passata in giudicato, di cui all'art. 13 della stessa legge n. 117 del 1988 – con riferimento all'attività giurisdizionale, e in generale avuto riguardo agli atti del magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, assume rilievo costituzionale, poiché finalizzato ad escludere azioni risarcitorie temerarie ed intimidatorie proposte direttamente nei confronti del singolo funzionario. Detta prospettiva non è stata mutata dal diritto eurounitario, in quanto l'interpretazione della legge n. 117 del 1988 ad opera della CGUE (sentenze 24 novembre 2011 in C-379/10; 30 settembre 2003 in C-224/01, e 13 giugno 2006 in C-173/03) non si pone in contrasto con la tutela dei principi di autonomia ed indipendenza del giudice, risultando questi posti su di un piano differente da quello cui attiene la responsabilità dello Stato per l'illecito comunitario, comunque distinta dalla responsabilità personale del magistrato».

Si può perciò concludere nell'affermare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. non imponeva assolutamente all'Italia di modificare la disciplina della responsabilità civile dei magistrati, in quanto oggetto dei suoi provvedimenti era la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione.

4. Profili di illegittimità costituzionale della nuova disciplina

La Corte costituzionale ha affermato che, nell'art. 28 Cost., «trova affermazione “un principio valevole per tutti coloro che, sia pure magistrati, svolgono attività statale: un principio generale che da una parte li rende personalmente responsabili, ma dall'altra non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni”. Scelte plurime, anche se non illimitate, in quanto la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni» (sentenza n. 26 del 1987; cfr. anche sentenza n. 2 del 1968).

La disciplina posta dalla l. n. 117 del 1988 risultava, infatti, caratterizzata dalla costante cura di pre-

disporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati e l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria.

In particolare, nella sentenza nr. 18 del 1989, la Corte Costituzionale nel dichiarare non fondate alcune questioni di legittimità costituzionale della legge 13 aprile 1988, n. 117 – nella parte in cui disciplinava la responsabilità civile dei magistrati – rilevava che “la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5 l. cit.) garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni “manifestamente infondate”, che possano turbare la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricusazione”. Evidente, quindi, secondo la Consulta il ruolo che ai fini della legittimità costituzionale del complessivo impianto legislativo assumeva il filtro del giudizio di ammissibilità, oggi eliminato dal legislatore con lo slogan “chi sbaglia paga”. La Corte Costituzionale ha successivamente ribadito il principio espresso con la sentenza n. 468 del 1990, nella quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, secondo comma, della legge 13 aprile 1988, n. 117 nella parte in cui, quanto ai giudizi di responsabilità civile dei magistrati, relativamente a fatti anteriori al 16 aprile 1988, e proposti successivamente al 7 aprile 1988, non prevedeva che il Tribunale competente verificasse con rito camerale la non manifesta infondatezza della domanda ai fini della sua ammissibilità. In particolare si legge in motivazione quanto segue: «Questa Corte ha riconosciuto il rilievo costituzionale di un meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, che la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono (v. sentenze n. 2 del 1968 e n. 26 del 1987). Tale filtro, nell'ordinamento introdotto nel 1940, era rappresentato dall'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia, che si configurava come condizione di proponibilità della domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice, ex art. 56, primo comma, del codice di procedura civile».

A distanza di oltre 25 anni il rilievo costituzionale della previsione del filtro di ammissibilità delle azioni di responsabilità è stato ribadito, anche considerati i rilievi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, da una recente mirabile sentenza della Cassazione civile, sez. III, 3 gennaio 2014, n. 41, che ha legato i principi di autonomia ed indipendenza della magistratura alla tutela dei diritti inviolabili dei cittadini, evidenziando che l'effettività della predetta tutela non può che avvenire se non grazie all'applicazione imparziale

ed indipendente della legge da parte degli organi giudiziari. Non quindi un vuoto privilegio di casta, ma un presidio importante per l'affermazione dei diritti costituzionali. Nella motivazione si afferma infatti: «Lo spettro tramite il quale illuminare la trama normativa rappresentata dalla l. n. 117 del 1988, artt. 2, 4, 5 e 13, è quello delle disposizioni di cui agli artt. 101 e ss. della Costituzione, che imprimono alla disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati un significato d'insieme univoco e coerente di difesa dei valori dell'autonomia ed indipendenza del giudice, i quali operano non già come privilegio personale del singolo appartenente all'ordine giudiziario o alle giurisdizioni speciali (art. 108 Cost.), bensì come tassello indefettibile, al pari di altri, nella costruzione della forma repubblicana, che, ai sensi dell'art. 139 Cost., non può in nessun caso essere oggetto di revisione. Con l'ulteriore rilievo che un siffatto vincolo si riverbera anche sulla non negoziabilità dei diritti che la prima parte della Costituzione definisce inviolabili e che del tipo di ordinamento così delineato dal Costituente costituiscono un substrato essenziale, il cui presidio, in termini di tutela ed effettività, si rinviene, nel loro svolgersi storico, anche (seppur non solo) nell'esercizio stesso della giurisdizione, la quale non può che essere riservata ad un organo imparziale ed indipendente. Sicché, l'autentico significato che l'indipendenza della magistratura assume nel sistema costituzionale è proprio quello della garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini. In altri e più pregnanti termini, “il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge”: un bene che appartiene “alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini” (Corte cost., sentenza n. 497 del 2000). Si tratta di una chiave di lettura il cui saldo ancoraggio nella giurisprudenza costituzionale ha consentito allo stesso Giudice delle leggi di riconoscere, nello specifico della materia regolata dalla L. n. 117 del 1988, “il rilievo costituzionale di un meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 Cost., nel più ampio quadro di quelle “condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati” che “la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono” (sentenza n. 468 del 1990, che richiama anche le precedenti sentenze n. 2 del 1968 e n. 26 del 1987). Analogamente, con la sentenza n. 18 del 1989, la stessa Corte costituzionale ha affermato che, poiché

la disciplina dell'attività del giudice deve essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, ma al tempo stesso il magistrato è soggetto alla legge e in primo luogo alla Costituzione, che sancisce ad un tempo il principio d'indipendenza e quello di responsabilità, “non merita censura una disciplina della responsabilità civile del magistrato caratterizzata da una serie di misure e di cautele dirette a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria”. Né può ritenersi che una tale prospettiva abbia perso di vigore a causa dell'impatto del diritto eurounitario, siccome interpretato dalla Corte di Giustizia U.E., sulla legge n. 117 del 1988 (CGUE, 24 novembre 2011, in C-379/10; più in generale sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado: CG, del 30 settembre 2003, in C-224/01, Kobler; CGUE, 13 giugno 2006, in C-173/03, Traghetti del Mediterraneo), là dove i principi di autonomia e di indipendenza del giudice (e la loro valenza costituzionale) non sono messi affatto in discussione, venendo, tuttavia, collocati su un piano differente rispetto a quello su cui si poggia la responsabilità dello Stato per l'illecito comunitario, che non attiene a quella personale del giudice. Dunque, se tali sono le fondamenta che sostengono la disciplina in esame, la lettura che ne segue deve essere, pertanto, costituzionalmente orientata dai suindicati valori, da garantire e preservare, e tramite siffatta peculiare lente vanno, per l'appunto, traggiate e risolte le eventuali disarmonie che la stessa legge n. 117 del 1988 possa in ipotesi esibire».

Infine si rileva che l'innalzamento della soglia economica di rivalsa del danno fino alla metà stipendio del magistrato, a differenza di quanto previsto per ogni altro dipendente dello Stato, lede poi in modo plateale un altro principio fondamentale della nostra Costituzione: quello di uguaglianza di fronte alla Legge sancito dall'art. 3. Ciò in quanto, a fronte dell'identica responsabilità dello Stato per i danni cagionati dai propri dipendenti, differenzia in modo peggiorativo la soglia economica di rivalsa nei confronti della sola magistratura, senza che a conforto di ciò possa essere addotta una ragionevole giustificazione (stante l'irrilevanza economica di questo innalzamento per le casse dello Stato), se non quella del fine politico di rendere evidente la forza della Politica nei confronti della Magistratura.

5. Il problematico concetto di travisamento del fatto e della prova nella giurisprudenza di legittimità

Come già evidenziato all'inizio di questo lavoro, una delle novità più controverse della nuova disciplina è l'introduzione, all'interno dei casi di colpa grave del magistrato, della nuova figura del travisamento del

fatto e della prova. Di seguito si procederà ad una approfondita disamina della giurisprudenza della Cassazione, al fine di offrire un serio contributo al futuro interprete della legge n. 18/2015.

5.1. Il travisamento del fatto nella giurisprudenza civile

Secondo l'approdo di Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006 n. 12362 (Rv. 589592), il travisamento del fatto implica la valutazione di un complesso di circostanze che comportano una rivalutazione del fatto (non consentita al giudice di legittimità). Il travisamento della prova implica, non una valutazione, ma una constatazione o accertamento che quella informazione probatoria utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale. Il codice di procedura civile conosce l'errore di fatto, che legittima la revocazione della sentenza «quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita» sempre che il fatto «non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare» (art. 395, n. 4, c.p.p.). La giurisprudenza formatasi sin da epoca anteriore alla novella del 2006 aveva sempre escluso che il travisamento del fatto potesse costituire motivo di ricorso per Cassazione, attenendo esso al merito della causa, a meno che non si risolvesse in una «mancanza di motivazione su un punto decisivo della controversia, e cioè su un elemento della fattispecie che, se esaminato, avrebbe potuto determinare una diversa soluzione della causa» (sez. III, sentenza n. 222 del 06.02.1962, Rv. 250343; sez. I, sentenza n. 404 del 03.03.1962, Rv. 250632; sez. II, sentenza n. 1445 del 09.06.1962, Rv. 252310; sez. II, sentenza n. 1496 del 05.06.1963, Rv. 262230; sez. III, sentenza n. 1672 del 22.06.1963, Rv. 262519; sez. III, sentenza n. 2155 del 30.07.1963, Rv. 263289; sez. II, sentenza n. 3028 del 25.11.1963, Rv. 264661; sez. un., sentenza n. 472 del 02.03.1964, Rv. 300603).

In buona sostanza, la motivazione immune da vizi logici e giuridici e non travagliata da omesso esame di fatti decisivi, non può essere impugnata per travisamento del fatto (sez. III, sentenza n. 734 del 17.04.1962, Rv. 251161; sez. II, sentenza n. 1981 del 19.07.1963, Rv. 263065). Il travisamento del fatto, in buona sostanza, è diverso dall'errore di fatto vero e proprio, risolvendosi il primo nell'omesso esame di un fatto decisivo che mina alla base il sillogismo che conduce ad una decisione incoerente con le premesse; il secondo nella affermazione errata della esistenza/inesistenza di un fatto inesistente/esistente che, allo stesso modo, conduce ad un approdo incoerente con le premesse, quali avrebbero dovuto essere. La conseguenza, insomma, è la stessa: la frattura del processo logico che sorregge la decisione dalle premesse fattuali da cui muove e su cui si fonda. La giurisprudenza più

recente ha definitivamente chiarito che la denuncia di un errore di fatto, consistente nell'inesatta percezione da parte del giudice di circostanze presupposte come sicura base del suo ragionamento, in contrasto con quanto risulta dagli atti del processo, non costituisce motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 5, ma di revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c. (così sez. I, sentenza n. 17057 del 03.08.2007, Rv. 599719, con molti precedenti conformi). Quel che in ogni caso deve essere chiaro è che è estraneo al vizio di "travisamento del fatto" il momento valutativo della prova, che appartiene al sovrano apprezzamento dei giudici del merito, e che non può essere sindacato quando esso sia adeguatamente motivato e scevro da vizi logici e da errori di diritto (sez. I, sentenza n. 1129 del 07.05.1963, Rv. 261648; sez. II, sentenza n. 739 del 04.04.1964, Rv. 301040; sez. II, sentenza n. 2072 del 27.07.1964, Rv. 303019); così come non integra "travisamento del fatto" l'errore di giudizio (sez. VI - 3, ordinanza n. 4118 del 20.02.2014, Rv. 630326) o di valutazione e interpretazione degli atti processuali (sez. un., ordinanza n. 13181 del 28.05.2013, Rv. 626608; cfr. anche sez. un., ordinanza n. 13181 del 28.05.2013, Rv. 626608, secondo la quale l'attività valutativa è insuscettibile in quanto tale – quand'anche risulti errata – di revocazione). Come sostenuto da sez. II, sentenza n. 19921 del 14.11.2012 (Rv. 624476), «l'apprezzamento del giudice del merito, che abbia ritenuto pacifica e non contestata una circostanza di causa, qualora sia fondato sulla mera assunzione acritica di un fatto, può configurare un travisamento, denunciabile solo con istanza di revocazione, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c., mentre è sindacabile in sede di legittimità, sotto il profilo del vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., ove si ricollegghi ad una valutazione ed interpretazione degli atti del processo e del comportamento processuale delle parti» (nello stesso senso anche sez. II, sentenza n. 1427 del 25.01.2005, Rv. 578757). Ha spiegato sez. III, sentenza n. 15672 del 27.07.2005 (Rv. 583395) che «il vizio di motivazione su un punto decisivo, denunciabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c., postula che il giudice di merito abbia formulato un apprezzamento, nel senso che, dopo aver percepito un fatto di causa negli esatti termini materiali in cui è stato prospettato dalla parte, abbia omesso di valutarlo in modo che l'omissione venga a risolversi in un implicito apprezzamento negativo sulla rilevanza del fatto stesso, ovvero lo abbia valutato in modo insufficiente o illogico. Qualora, invece, l'omessa valutazione dipenda da una falsa percezione della realtà, nel senso che il giudice ritiene per una svista, obiettivamente ed immediatamente rilevabile, inesistente un fatto o un documento, la cui esistenza risulti incontestabilmente accertata dagli stessi atti di causa, è configurabile un errore di fatto deducibile esclusivamente con l'impugnazione per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4,

c.p.c.». La modifica dell'art. 360, c.p.c., ed, in particolare, del comma 1, n. 5 (secondo il quale è ammesso ricorso per cassazione avverso le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti), ha ridotto l'ambito applicativo del vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, limitandolo al solo travisamento del fatto, descritto come l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio. La precedente disciplina fondava la responsabilità civile dei magistrati sul solo errore di fatto. L'allargamento della responsabilità al travisamento del fatto dovrebbe essere limitato, come detto, all'omesso esame di un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti, con quanto ne consegue in termini di opinabilità circa la natura decisiva del fatto e di problematica applicazione del principio ai casi nei quali il provvedimento del magistrato non sia preceduto da alcuna discussione tra le parti (si pensi agli atti posti in essere dal PM o dal Giudice, civile o penale, inaudita altera parte).

5.2. Il travisamento del fatto nella giurisprudenza penale

Secondo sez. II, sentenza n. 1195 del 01.07.1965, Rv. 103172, il travisamento del fatto si risolve in mancanza della motivazione, ovvero in un vizio logico così grave da rendere la motivazione apparente, e cioè solo quando la ricostruzione dei fatti, da un lato, sia insanabilmente in contrasto con la realtà indiscussa od almeno manifesta nel processo, e dall'altro lato, sia priva di qualsiasi giustificazione logica e lasci ritenere che il giudice ha deciso astraendo dalle risultanze di causa, oppure, per essere giustificata in modo gravemente contraddittorio, renda impossibile il controllo sul modo in cui il giudice ha esercitato i propri poteri. Tale vizio non può essere individuato attraverso la critica frammentaria di singoli punti della motivazione o con riferimento a singole risultanze isolatamente considerate, potendo essere affermato solo quando tutte le risultanze univocamente escludano o manifestino fatti ritenuti o rispettivamente negati dal giudice di merito. In base ad diverso e più restrittivo approdo, il travisamento del fatto, come vizio logico-giuridico della motivazione della sentenza, sussiste quando il giudice di merito, nella esposizione del suo ragionamento, si sia basato su fatti inesistenti e da lui arbitrariamente supposti senza alcuna rispondenza con le risultanze acquisite, non quando, nell'esercizio del suo insindacabile potere discrezionale di valutazione della prova, abbia ricostruito il fatto in modo diverso da quello sostenuto dalle parti, basandosi sulle risultanze processuali e giustificando il suo convincimento con motivazione adeguata e logica (sez. IV, sentenza n. 79 del 18.01.1967, Rv. 104762; cfr. altresì sez. VI, sentenza n. 953 del 17.05.1967, Rv. 104962, secondo la quale il travisamento del fatto in tanto può inficiare di nul-

lità la sentenza in quanto concorrano due condizioni e cioè l'ammissione da parte del giudice di merito di un fatto manifestamente escluso dagli atti del processo, o viceversa, e in secondo luogo l'incidenza di esso su di un punto decisivo per il giudizio: onde non è a parlarsi di travisamento del fatto quando si sia in presenza di un processo di scelta, di interpretazione e di apprezzamento delle prove. Nello stesso senso, sez. V, sentenza n. 1209 del 16.10.1967, Rv. 106204; sez. V, sentenza n. 212 del 23.02.1968, Rv. 107323; sez. IV, sentenza n. 2239 del 29.12.1981, Rv. 152600; sez. IV, sentenza n. 4850 del 23.02.1982, Rv. 153608; sez. III, sentenza n. 7788 del 14.04.1982, Rv. 154970; sez. II, sentenza n. 10517 del 30.06.1982, Rv. 156004; sez. II, sentenza n. 5947 del 22.03.1984, Rv. 164961). E così, per esempio, non costituisce vizio logico della motivazione, atto ad inficiare di nullità della sentenza, il travisamento del fatto consistente nell'impreciso riferimento delle dichiarazioni dell'imputato, laddove il giudice del merito, in tema di affermazione di colpevolezza per il delitto di falso, parli di "sostanziale ammissione dell'addebito da parte dell'imputato", quando invece questi, nei suoi interrogatori, si sia limitato a dire di "non escludere di avere apposto la falsa firma (sez. V, sentenza n. 498 del 10.03.1967, Rv. 104485); così come non costituisce travisamento del fatto la ricostruzione altrettanto valida della medesima vicenda (sez. I, sentenza n. 8047 del 24.06.1982, Rv. 155100; sez. IV, sentenza n. 7836 del 16.02.1984, Rv. 165846; più recentemente, sez. VI, sentenza n. 6869 del 03.05.1993, Rv. 194598, secondo la quale il travisamento del fatto, quale vizio deducibile in cassazione, ricorre quando in sentenza viene dato per certo un fatto manifestamente escluso dalle risultanze probatorie o quando si nega la sussistenza di elementi pacificamente acquisiti al processo. Non è ravvisabile alcun travisamento di fatto nella valutazione delle prove operata dal giudice di merito, che si traduca in una motivata ricostruzione delle vicende processualmente rilevanti. Non si ha, cioè, travisamento quando il giudice di merito – interpretando le risultanze processuali – accetti come corrispondente a verità l'una invece che l'altra della descrizione del fatto prospettate, senza incorrere in vizi logici nell'espone le ragioni della scelta). Esclude che possa integrare travisamento del fatto un motivato processo di interpretazione e apprezzamento delle risultanze processuali, sez. I, sentenza n. 2162 del 10.05.1994, Rv. 198337. È necessario precisare che successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale il vizio di travisamento del fatto è stato definitivamente espunto come motivo di ricorso per cassazione, sicché per la relativa definizione è necessario attestarsi alla giurisprudenza formatasi in epoca anteriore. Come autorevolmente affermato da sez. U, sentenza n. 6402 del 30.04.1997, Rv. 207945, il travisamento del fatto è un vizio che in tanto può essere oggetto di valutazione e di sindacato in sede di

legittimità, in quanto risulti inquadrabile nelle ipotesi tassativamente previste dall'art. 606, lett. e) c.p.p.; l'accertamento di esso richiede, pertanto, la dimostrazione, da parte del ricorrente, dell'avvenuta rappresentazione, al giudice della precedente fase di impugnazione, degli elementi dai quali quest'ultimo avrebbe dovuto rilevare il detto travisamento, sicché la Corte di cassazione possa, a sua volta, desumere dal testo del provvedimento impugnato se e come quegli elementi siano stati valutati. Ha a tal fine precisato la Corte che il legislatore del 1988 ha voluto evitare che il controllo della Corte di Cassazione sulla motivazione si eserciti sul contenuto della decisione, all'uopo circoscrivendolo alla mancanza e alla manifesta illogicità della motivazione, altresì stabilendo che tali vizi devono risultare dal testo del provvedimento impugnato (art. 606 n. 1 lett. e) c.p.p.) e non da una diversa prospettiva (...) In particolare, l'espressione "manifesta illogicità" (che si contrappone a quella "se è contraddittoria la motivazione", che leggevasi nell'art. 475 co. 1 n. 3 c.p.p. '30) chiarisce che il sindacato della S.C. si estende alla logicità della motivazione, ma non può giustificare la sostituzione dei criteri e delle massime di esperienza adottati dal giudice di merito con altri prescelti invece dal giudice di legittimità. La illogicità, quale vizio denunciabile, deve essere evidente, cioè di spessore tale da risultare percepibile "ictu oculi", dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché siano spiegate in modo logico e adeguato le ragioni del convincimento (come nella specie è avvenuto, anche mediante il costante richiamo fatto alla motivazione di primo grado, spesso al fine di evitare ripetitività di elementi già noti, così fornendo risposte esaustive alle obiezioni mosse dalle parti sull'interpretazione degli elementi probatori e sulle argomentazioni svolte).

5.3. Il travisamento della prova nella giurisprudenza penale

Secondo l'iniziale giurisprudenza della Suprema Corte, il travisamento della prova (e non delle prove) è il vizio costituito dall'aver il giudice di merito utilizzato per la decisione una prova inesistente (ad esempio, il teste indicato in sentenza non esiste) o un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello effettivo (ad esempio, nella ricognizione personale la persona ha indicato Tizio e non Caio come è invece scritto nella sentenza) (così, sez. IV, sentenza n. 29920 del 09.06.2004, Rv. 228844; sez. IV, sentenza n. 15556 del 12.02.2008, Rv. 239533, secondo la quale il travisamento della prova dichiarativa deve essere del tutto definito o attenere alla proposizione di un dato storico semplice e non opinabile; sez. V, sentenza n. 39048

del 25.09.2007, Rv. 238215; sez. 5, sentenza n. 9338 del 12.12.2012, Rv. 255087). È necessario che il vizio abbia carattere di decisività (sez. II, sentenza n. 13994 del 23.03.2006, Rv. 233460; sez. VI, sentenza n. 5146 del 16.01.2014, Rv. 258774, afferma che il vizio è ravvisabile ed efficace solo se l'errore accertato sia idoneo a disarticolare l'intero ragionamento probatorio, rendendo illogica la motivazione per la essenziale forza dimostrativa del dato processuale/probatorio) e che sia di macroscopica evidenza, non essendo consentito alla Corte di legittimità sovrapporre la propria valutazione a quella del giudice di merito (sez. IV, sentenza n. 20245 del 28.04.2006, Rv. 234099; sez. VI, sentenza n. 33435 del 04.05.2006, Rv. 234364, secondo la quale il travisamento della prova consiste nell'utilizzazione di una prova inesistente o nell'utilizzazione di un risultato di prova incontrovertibilmente diverso, nella sua oggettività, da quello effettivo; sez. IV0, sentenza n. 35683 del 10.07.2007, Rv. 237652; sez. VI, sentenza n. 25255 del 14.02.2012, Rv. 253099; sez. V, sentenza n. 7465 del 28.11.2013, Rv. 259516, parla di incontestabilità; in applicazione di tale principio, sez. VI, sentenza n. 11189 del 08.03.2012, Rv. 252190, ha affermato che in sede di legittimità è possibile prospettare una interpretazione del significato di una intercettazione diversa da quella proposta dal giudice di merito solo in presenza del travisamento della prova, ovvero nel caso in cui il giudice di merito ne abbia indicato il contenuto in modo difforme da quello reale, e la difformità risulti decisiva ed incontestabile; sez. IV, sentenza n. 14732 del 01.03.2011, Rv. 250133, ha precisato che resta fermo il divieto di operare una diversa ricostruzione del fatto, quando si tratti di elementi privi di significato indiscutibilmente univoco). Secondo successive pronunce della S.C., il travisamento della prova può consistere anche nella omessa valutazione di una prova decisiva ai fini della pronuncia (sez. VII, ordinanza n. 27518 del 11.05.2006, Rv. 234604; sez. II, sentenza n. 38788 del 09.11.2006, Rv. 235509, che parla di atti mai prima presi in esame; sez. II, sentenza n. 42353 del 12.12.2006, Rv. 235511; sez. II, sentenza n. 5223 del 24.01.2007, Rv. 236130; sez. II, sentenza n. 23419 del 23.05.2007, Rv. 236893; sez. II, sentenza n. 47035 del 03.10.2013, Rv. 257499; sez. IV, sentenza n. 21602 del 17.04.2007, Rv. 237588; sez. IV, sentenza n. 19710 del 03.02.2009, Rv. 243636; di difformità tra i risultati obiettivamente derivanti dall'assunzione della prova e quelli che il giudice di merito medesimo ne abbia inopinatamente tratto, parlano sez. III, sentenza n. 37756 del 07.07.2011, Rv. 251467, sez. III, sentenza n. 39729 del 18.06.2009, Rv. 244623). Il vizio è configurabile quando manchi la motivazione in ordine alla valutazione di un elemento probatorio acquisito nel processo e non quando difetti del tutto l'acquisizione di tale elemento da parte degli organi inquirenti (sez. IV, sentenza n. 50557 del 07.02.2013, Rv. 257899).

5.4. Conclusioni

Come già detto sopra la nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati ascrive a colpa grave “la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l’emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione”. Così come scritta, la legge sembra individuare il travisamento del fatto e delle prove (e non della prova), quale elemento aggiuntivo rispetto alla affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Si resta peraltro dell’opinione che la clausola di salvaguardia secondo la quale “fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”, ponga un limite invalicabile soprattutto alla nozione di travisamento del fatto e delle prove. Ne va, altrimenti, della tenuta costituzionale dell’intera novella per ragioni che la loro evidenza non è necessario illustrare. In quest’ottica, rispetto ai vizi di travisamento del fatto e della prova come elaborati dalla giurisprudenza civile e penale della S.C., l’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, lascia scoperta solo l’area della omessa valutazione della prova decisiva e dell’omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio prospettato dalle parti. Deve però trattarsi di una decisività *ictu oculi* evidente, dotata di quel carattere manifesto che impedisca che attraverso essa possa surrettiziamente essere sindacato il processo valutativo, appunto, del fatto e delle prove. Si deve dunque trattare di vizi manifesti, percepibili sul piano oggettivo, chiari ed univoci, tali da qualificare come grave la colpa del magistrato. Anche con queste precisazioni restano, però, le forti perplessità, già segnalate, sull’applicabilità di tali vizi alle attività requirenti (magari la stessa iscrizione della notizia di reato e via così fino alle perquisizioni, sequestri, ispezioni, fermi di PM) e a quelle del giudice che agisca soprattutto senza alcun preventivo contraddittorio pieno (misure cautelari, intercettazioni telefoniche) o che non debba motivare (si pesi, ai decreti penali, a quelli che dispongono il giudizio, ai decreti di giudizio immediato, ai decreti ingiuntivi, soprattutto, per quanto riguarda l’immediata esecutività di questi ultimi). Tra l’altro una cosa è l’affermazione o la negazione del fatto (che sembrano più fare riferimento ad un provvedimento scritto, articolato e motivato,

nel quale il magistrato afferma un fatto ben preciso), altro è il travisamento del fatto e della prova che non necessariamente presuppongono l’adozione di un atto motivato (si pensi alla richiesta di rinvio a giudizio o al decreto di citazione diretta a giudizio, o addirittura all’omessa adozione dell’ordinanza di cui all’art. 80-bis, disp. att. c.p.c. da parte del giudice civile, solo per fare degli esempi). Sono solo alcune delle ipotesi nelle quali il vizio di travisamento del fatto e della prova recupera, di fatto, ineliminabili contorni di genericità ed indeterminazione che potrebbero tradursi in censure di incostituzionalità.

6. I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare dei magistrati

Le modifiche alla legge n.117/1988 (legge Vassalli) recentemente introdotte attraverso l’approvazione anche alla Camera del d.d.l. Buemi pongono qualche interrogativo in ordine alle eventuali ricadute sulla disciplina della responsabilità disciplinare dei magistrati. La legge da ultimo approvata ha, com’è noto, eliminato il cd. “filtro di ammissibilità”, da parte del Tribunale, sull’azione di risarcimento che il soggetto che si assume danneggiato può proporre nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, abrogando in toto l’art 5 l.117/88. In precedenza, soltanto in caso di superamento del filtro il Tribunale aveva l’obbligo di ordinare la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell’azione disciplinare (art. 5 comma 5) ed in questo caso il Procuratore generale presso la Corte di cassazione doveva esercitare l’azione disciplinare nei confronti del magistrato “per i fatti che hanno dato causa all’azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell’art. 5” (art. 9 comma 1). La nuova legge ha modificato l’art. 9 (rubricato “Azione disciplinare”) sopprimendo le parole riguardanti il termine dei due mesi, sicché resta ferma la previsione dell’obbligo di esercitare l’azione disciplinare per i fatti che hanno dato causa all’azione di risarcimento (salvo che non sia stata già proposta), ma al di fuori di un termine predeterminato.

L’eliminazione dell’obbligo di comunicazione ai titolari dell’azione disciplinare già posto a carico del Tribunale (in caso di domanda ammissibile) per effetto dell’abrogazione integrale dell’art. 5 pone la questione dell’acquisizione della notizia da parte dei titolari dell’azione disciplinare, ai quali è indirizzato il comando di esercitare l’azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all’azione di risarcimento. Si tratta all’evidenza di una questione che avrà scarso rilievo pratico, perché accadrà certamente che sia lo stesso soggetto che si ritiene danneggiato e che abbia esperito l’azione di responsabilità civile, a portare a conoscenza anche il Procuratore generale della Corte di cassazione e/o il Ministro della Giustizia dei fatti dannosi a suo dire causati dai

provvedimenti adottati dal magistrato, rendendoli suscettibili di valutazione disciplinare. Il problema si pone quindi nei casi (forse rari) in cui ciò non accadrà. A differenza che nei casi in cui sia stato instaurato un procedimento penale a carico di un magistrato – in cui l'obbligo di comunicazione al titolare dell'azione disciplinare ed al CSM deriva dall'art. 129 disp. att. c.p.p. – non si rinviene nell'ordinamento un analogo obbligo di informativa per l'ipotesi in cui venga attivato un procedimento civile nei confronti dello Stato per il risarcimento dei danni causati da un magistrato, all'indomani dell'abrogazione dell'art. 5. Né simile obbligo può ricavarsi in linea generale dall'art. 2 comma 1 lett. dd) d.lgs. 109/2006 che pone a carico del dirigente dell'ufficio, o del presidente di una sezione o di un collegio la “comunicazione di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio”: la norma, infatti, sanziona sotto il profilo disciplinare la violazione di comunicazioni, da parte di titolari di incarichi direttivi o semi direttivi, di fatti astrattamente configurabili quali illeciti disciplinari commessi dal magistrato della stesso ufficio, sezione o collegio, e certamente l'aver appreso che quel magistrato è coinvolto in una causa civile risarcitoria contro lo Stato non pare integrare di per sé una notizia di illecito disciplinare suscettibile di comunicazione.

Già prima delle ultime modifiche normative, la riflessione sui rapporti tra il “dovere di esercitare azione disciplinare” posto dall'art. 9 comma I della l.117/88 ed il sistema disciplinare delineato dalla l.109/2006 aveva condotto a ritenere non configurabile la doverosità dell'azione disciplinare. Ed infatti – a parte l'incongruenza costituita da un'iniziativa disciplinare obbligatoria da assumere entro un termine perentorio particolarmente ristretto (due mesi) a fronte del termine annuale dall'acquisizione della notizia circostanziata previsto dall'art. 15 della l. 109/2006 – si era opportunamente evidenziato che ammettere l'obbligatorietà dell'iniziativa disciplinare avrebbe significato sconfessare il principio-cardine del nuovo sistema disciplinare, costituito dalla tipizzazione dell'illecito, secondo il quale non sono consentite incolpazioni al di fuori dei casi espressamente contemplati dalla legge. Si era detto infatti che “affermare che il Procuratore generale debba sempre e comunque esercitare l'azione disciplinare perché la domanda risarcitoria è stata semplicemente dichiarata ammissibile equivarrebbe a dire che il fatto disciplinare si identifica nell'ammissione della domanda da parte di un giudice adito per danni (nei confronti dello Stato) e ciò non può essere sostenuto”. Il ragionamento proseguiva, dunque, ritenendo abrogata per sopravvenuta incompatibilità con il successivo sistema disciplinare, in forza dell'art. 15 delle preleggi, la previsione di un'azione obbligatoria per i fatti che hanno dato causa all'azione civile risarcitoria.

I medesimi dubbi di compatibilità sistematica sopra evidenziati resistono all'indomani delle recenti modifiche, posto che la sola eliminazione del termine dei due mesi non ha introdotto sostanziali mutamenti nell'assetto dei rapporti tra le due discipline. Risulta infatti che la soppressione, nell'art. 9 comma 1, delle parole “entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell'art. 5” sia stata soltanto una conseguenza formale resa necessaria dall'avvenuta abrogazione dell'intero art. 5.

L'intervento normativo, pur nell'apparente perseverare sulla affermazione di una doverosità dell'iniziativa disciplinare, non mostra di essersi fatto carico del necessario raccordo con la riforma del sistema disciplinare: non è seriamente sostenibile, infatti, che l'art. 9 – come modificato dalla *promulganda* legge – abbia introdotto una nuova fattispecie di illecito disciplinare integrato dall'essere il magistrato coinvolto in un'azione risarcitoria promossa avverso lo Stato; né che abbia modificato il catalogo degli illeciti disciplinari o introdotto una implicita deroga alle regole procedurali che ne disciplinano la fase accertativa e quella del promovimento, ivi compreso il chiaro disposto dell'art. 20 d.lgs. 109/2006 secondo cui “l'azione disciplinare è promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno (...)”, norma che identifica uno dei principi fondanti il sistema disciplinare. Inoltre, la permanenza della precedente formulazione dell'art. 6 comma 2 l.117/88, secondo cui “la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato (...) non fa stato nel procedimento disciplinare”, lascia chiaramente intendere che nessun condizionamento del giudizio disciplinare nei confronti del magistrato è legislativamente previsto quale conseguenza della pronuncia nel giudizio civile di danno, e ciò evidentemente anche nel caso in cui l'azione civile si sia conclusa con l'accertamento di un danno e la condanna dello Stato al risarcimento: resta dunque acclarato che la volontà legislativa non abbia inteso incidere sull'autonomia dei due giudizi di responsabilità, ciascuno rispondente a finalità e procedure sue proprie, ma abbia piuttosto confermato l'assenza di pregiudizialità assoluta tra gli esiti del giudizio civile e quello disciplinare, nell'ambito del quale l'accertamento dell'illecito compiuto dal magistrato può procedere indipendentemente, e ben pervenire anche ad esiti liberatori se la condotta accertata non soddisfi i requisiti costitutivi della fattispecie disciplinare o il fatto sia ritenuto di scarsa rilevanza. Se dunque deve ritenersi che l'autonomia tra i due giudizi è fatta salva, deve ricavarsene, da una parte, che anche l'azione disciplinare da intraprendere non può in ogni caso prescindere dalla formulazione di un'incolpazione che attinga alle fattispecie di illecito vigenti, e non potrebbe dunque fondarsi sulla sola notizia della pendenza di una causa risarcitoria, la quale di per sé non è suscettibile in alcuna fattispecie; dall'altro, che l'azione disciplinare non potrebbe promuoversi se non

dopo lo svolgimento di accertamenti pre-disciplinari a seguito del pervenimento di una notizia circostanziata, la quale potrebbe anche prescindere dall'esito del giudizio civile di danno, così come, in ipotesi, potrebbe richiedere il suo completamento – secondo l'accertamento compiuto dal titolare dell'azione disciplinare, in applicazione del disposto dell'art. 15, comma 8, lett. h) d.lgs. 109/2006, che legittima la sospensione dei termini (di decadenza dell'azione e prescrizione dell'illecito) se, nei casi di violazione di legge e travisamento del fatto, è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo –. Una volta affermata la persistenza della illustrata inconciliabilità tra l'automatismo ancora apparentemente richiesto dall'art. 9 ed il nuovo sistema disciplinare di cui alla riforma del 2006, le conclusioni ermeneutiche che sul piano dogmatico appaiono ragionevolmente ipotizzabili possono ancora far leva sul principio dell'abrogazione implicita, tenendo conto del fatto che le modifiche in fase di promulgazione s'innestano su una legge preesistente (la legge Vassalli), anteriore alla l. 109/2006, senza che abbiano inteso disciplinare *ex novo* né la materia disciplinare, né il sistema dei rapporti tra la responsabilità civile e quella disciplinare. In sostanza, l'art. 9 ancorché continui ad esprimere letteralmente l'obbligatorietà dell'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, non è norma nuova entrata in vigore posteriormente alla l.109/2006, ma è norma preesistente, implicitamente già abrogata dalla l.109/2006 con cui era, e resta, sistematicamente antinomica. Ad ogni modo, anche qualora, diversamente opinando, si ritenesse che la modifica dell'art. 9 della Legge Vassalli esprima la rinnovata volontà del legislatore di imporre un automatico promovimento dell'iniziativa disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti generatori dell'azione civile di danno, e dunque che, in base al principio racchiuso nel brocardo *lex posterior specialis derogat generali*, essa costituisca una parziale eccezione alla regola della piena autonomia processuale tra sede civile e sede disciplinare, dovrebbe allora pervenirsi alla conclusione secondo cui sul Procuratore generale della Corte di cassazione grava il solo obbligo di attivare gli accertamenti pre-disciplinari su quei fatti, essendo gli stessi ritenuti integrare *ex lege* una notizia circostanziata meritevole di indagini preliminari. Infatti, non altro obbligo, per le ragioni su esposte, potrebbe ritenersi gravare sul Procuratore generale, dal momento che nessuna incolpazione sarebbe formulabile automaticamente ai sensi degli artt. 2, 3 e 4 della l.109/2006.

L'azione disciplinare è assoggettata ai termini previsti dal d.lgs. 109/2006 che non risultano direttamente condizionati dallo svolgimento dell'azione civile di danno. L'assenza di interdipendenza tra i due giudizi, unitamente alla mancata previsione di obblighi di comunicazione circa la pendenza della azione risarcitoria

nei confronti dello Stato, o del giudizio di rivalsa nei confronti del magistrato, potrebbe in astratto comportare che alla chiusura del giudizio di danno o del giudizio di rivalsa, o comunque al momento del pervenimento della notizia ai titolari dell'azione, sia persino decorso il termine di 10 anni dal fatto, e dunque l'azione disciplinare non possa più proporsi ai sensi dell'art. 15 comma 1-*bis* d.lgs. n. 109/2006. Negli altri casi, a partire dal pervenimento al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione della notizia circostanziata, decorre il termine annuale per lo svolgimento delle sommarie indagini preliminari (art. 15, comma 1, d.lgs. 109/2006), le quali potranno concludersi con la formulazione di un provvedimento di archiviazione cd. interna (art. 16, comma 5-*bis*, d.lgs. cit.) o, viceversa con l'esercizio dell'azione disciplinare, che avviene attraverso la comunicazione all'incolpato del fatto che gli viene addebitato, così segnandosi l'inizio della fase disciplinare vera e propria (art. 15, comma 3, d.lgs. cit.), a sua volta soggetta al nuovo termine di un anno (art. 15 comma 2, d. lgs. cit.).

Come già evidenziato, la sospensione dei termini (tutti, anche di quello decennale) è disposta "se, nei casi di cui all'art. 2, comma 1, lettere g) ed h), all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo". Trattasi di una sospensione relativa ai soli casi in cui l'incolpazione concerne gli illeciti di violazione di legge e/o travisamento del fatto, ed è comunque rimessa all'accertamento circa la sussistenza di un nesso di pregiudizialità necessaria (laddove il fatto oggetto del procedimento disciplinare coincida con quello per il quale pende il procedimento civile) ad opera del titolare dell'azione disciplinare – o del CSM cui sia stata avanzata la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale –, fermo ovviamente il libero convincimento degli organi preposti nel compiere la conseguente valutazione di quello stesso fatto nell'ottica della specifica responsabilità disciplinare.

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Quid iuris se una disfunzione del sistema nel processo civile telematico determina la decadenza della parte? In quali casi il giudice deve discrezionalmente disporre la rimessione in termini *ex artt. 153 e 294 c.p.c.*? 220
di Daniele Graziano

DIRITTO PENALE

La sanzione disciplinare già inflitta rende improcedibile l'azione penale avente ad oggetto gli stessi fatti? Il principio del *ne bis in idem* e la giurisprudenza della Corte EDU 222
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

È possibile ricorrere all'istituto della monetizzazione delle aree a *standard* in sede di rilascio del titolo edilizio nel caso in cui quest'ultima non sia prevista da un atto convenzionale? 227
di Elia Scafuri



Diritto civile

Quid iuris se una disfunzione del sistema nel processo civile telematico determina la decadenza della parte? In quali casi il giudice deve discrezionalmente disporre la rimessione in termini ex artt. 153 e 294 c.p.c.?

La grande portata innovativa del “processo civile telematico” ha senz’altro rivoluzionato il *modus operandi* degli operatori giuridici, che assistono quotidianamente ad un costante ed inesorabile processo di smaterializzazione del cartaceo in favore di atti telematici in formato pdf, sottoscritti digitalmente tramite performanti dispositivi elettronici di firma digitale.

L’introduzione della “giustizia digitale”, di cui all’art. 16 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18 dicembre 2012, se da un lato ha offerto all’operatore di diritto un prezioso ausilio in termini di semplificazione della propria attività, dall’altro ha originato non poche problematiche in ordine al mancato rispetto dei termini di legge perentori e alla conseguente decadenza per disfunzioni ascrivibili al sistema.

Com’è noto, infatti, l’art. 16-*bis* del d.l. n. 179/2012, ha definitivamente statuito, a decorrere dal 30 giugno 2014, l’obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali per i procedimenti di nuova instaurazione, termine posticipato ex art. 44 del d.l. n. 90/2014 al 31 dicembre 2014 per i giudizi già pendenti. Orbene, la previsione di modalità esclusivamente telematiche per il deposito di atti processuali soggetti a termini perentori, quali ad esempio memorie istruttorie di cui all’art. 183, comma. 6, c.p.c. ovvero note difensive nel rito del lavoro di cui all’art. 429 c.p.c., ha posto un problema di coordinamento tra la normativa in materia di processo civile telematico e l’art. 153 c.p.c., secondo la cui norma «i termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull’accordo delle parti», ferma la previsione di cui al secondo comma dello stesso articolo, a mente del quale «la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termine».

In altri termini, ci si chiede in quali casi una disfunzione nel deposito telematico di atti processuali possa determinare per la parte una decadenza e in qua-

li, invece, giustificarne la rimessione in termini di cui al richiamato art. 153, comma 2, c.p.c.

In proposito, la più recente giurisprudenza si è trovata a dover affrontare svariate problematiche palesatesi, invero, sin dall’introduzione del processo civile telematico, orientandosi, nella maggior parte dei casi, verso una valutazione discrezionale della fattispecie concreta e della criticità in essa emersa.

Frequenti, ad esempio, sono le problematiche connesse al mancato invio delle comunicazioni di cancelleria tramite posta elettronica certificata, circostanza che, invero, rappresenterebbe una causa non imputabile alla parte che, a causa di tale omissione, sia incorsa in decadenza.

In tal senso va letta una recentissima ordinanza del Tribunale di Benevento, sezione lavoro, dott. De Pietro, del 6 marzo 2015, emessa in un giudizio in materia giuslavoristica, nel quale la parte istante, dopo aver regolarmente depositato in cancelleria il ricorso introduttivo, non riceveva alcuna comunicazione tramite posta elettronica certificata recante l’avvenuta iscrizione a ruolo nonché l’indicazione del nominativo del magistrato assegnatario della controversia. Tale omissione da parte del citato Tribunale non consentiva, di fatto, alla parte istante di poter regolarmente dar seguito alla fase della *vocatio in ius*, volta alla corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti in causa, tramite la notifica del ricorso introduttivo e del decreto di fissazione d’udienza, nei termini di cui all’art. 415 c.p.c. Il giudice adito si pronunciava, quindi, sull’istanza di rimessione in termini ex artt. 153 e 294 c.p.c. per la notifica del ricorso introduttivo, avanzata dalla parte, rilevando che «effettivamente parte ricorrente non aveva ricevuto la pec di comunicazione di fissazione di udienza e che, per tale ragione, non aveva potuto notificare, [...] rimette in termini il ricorrente, concede il termine per la notifica nei termini di legge, indicando l’udienza del [...]».

Tale *decisum* fornisce, dunque, un criterio inequivoco per l’individuazione di cause imputabili ovvero non imputabili alla parte incorsa in decadenza, dovendosi, pertanto, a giusta ragione considerare una disfunzione riferibile alle seconde il mancato invio di comunicazioni di cancelleria alla parte costituita, tramite posta elettronica certificata.

La *ratio* di tale interpretazione della fattispecie risiede, evidentemente, nell'impossibilità di ricondurre la causa dell'incorsa decadenza ad una mancata diligenza della parte, pur espressamente richiesta all'utente esterno *ex art.* 20 del d.m. n. 44/2011, potendosi quest'ultima configurare, infatti, soltanto laddove l'utente utilizzi impropriamente la casella di posta elettronica certificata, ad esempio, non configurandola correttamente ovvero non tenendola al riparo da agenti di contaminazione esterna quali virus informatici o *malware*, in modo da determinare l'impossibilità alla ricezione.

Altro *punctum dolens* della rivoluzione digitale nel processo civile, cui la recentissima giurisprudenza sta fornendo, non senza fatica, risposte tuttavia sempre più convincenti, è quello riguardante l'elaborazione, da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia, della ricevuta di avvenuta consegna dell'atto telematico. In particolare, ci si riferisce ai casi in cui detta ricevuta, che rappresenta ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 7 del d.l. n. 179/2012 il momento nel quale si intende perfezionato il deposito telematico, sia stata generata dal sistema il giorno successivo a quello dell'effettivo inoltro dell'atto ad opera della parte, per ragioni ascrivibili a malfunzionamenti del sistema.

Orbene, recentemente il Tribunale di Torino, sezione I civile, in persona della dott.ssa Rigoletti, con ordinanza del 21 gennaio 2015 ha affrontato tale *questio*, con riferimento all'inoltro telematico di una memoria istruttoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., fornendo un'interpretazione solida della problematica.

Il giudice, infatti, rilevata una discrasia tra il giorno in cui la parte aveva provveduto (tempestivamente) all'inoltro telematico del suddetto atto e il giorno nel quale, invece, il gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia aveva conseguentemente elaborato la ricevuta di avvenuta consegna dell'atto, in ragione di conclamati malfunzionamenti del sistema informatico, disponeva la rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c., della parte per il deposito dell'atto endoprocessuale, poiché incorsa in decadenza inconsapevole.

Pare opportuno, a riguardo, precisare che il libero apprezzamento del giudice in ordine alla problematica innanzi descritta muove, in ogni caso, dall'istanza di rimessione in termini proposta dalla parte e dalla documentazione ivi allegata, attestante il tempestivo invio dell'atto digitale nei termini di legge, avendo, infatti, la parte l'onere di supportare documentalmente la suddetta richiesta di rimessione in termini.

Un ulteriore e significativo contributo giurisprudenziale *in subiecta materia* perviene da una recente ordinanza del Tribunale di Milano, sezione IX civile, del 12 gennaio 2015, con la quale il giudice adito ha autorizzato la parte richiedente al deposito cartaceo di una memoria conclusionale *ex art.* 190 c.p.c., in ragio-

ne di un segnalato difetto di funzionamento del sistema di inoltro digitale.

Nell'ordinanza *de qua*, in particolare, è evidenziato dal giudice il principio sancito dall'art. 16-*bis*, comma 4, del d.l. n. 179/2012, secondo cui «Il presidente del tribunale può autorizzare il deposito di cui al periodo precedente con modalità non telematiche quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti e sussiste una indifferibile urgenza».

Orbene, la valutazione in ordine all'effettivo difetto di funzionamento del sistema è rimessa, come detto, al libero apprezzamento del giudice, in considerazione, evidentemente, delle allegazioni probatorie fornite dalla parte impossibilitata al deposito telematico ovvero di circostanze, adeguatamente valutate, che dimostrino di per sé l'effettivo intervenuto malfunzionamento.

Nel caso *de quo*, infatti, il giudice rilevava nella indicata ordinanza che il difetto di funzionamento del sistema fosse desumibile, oltre che dalle deduzioni e considerazioni offerte dalla parte nell'avanzata richiesta di autorizzazione al deposito cartaceo della memoria *ex art.* 190 c.p.c., anche dalla considerevole quantità di analoghe istanze, riferibili ad altri procedimenti, pervenute nello stesso giorno ed aventi ad oggetto le medesime doglianze.

Orbene, le pronunzie *supra* richiamate, che forniscono un'interpretazione, nella maggior parte dei casi, risolutiva e dirimente alle problematiche che si sono palesate in seguito all'introduzione del processo civile telematico, sembrano informarsi, fermi gli evidenti caratteri di novità di cui indiscutibilmente si connotano, ai principi di diritto enucleati dalla Suprema Corte di Cassazione in materia, di cui detti provvedimenti costituiscono, in effetti, una sapiente e puntale attualizzazione.

Invero, tali pronunce prendono senz'altro le mosse dal principio generale secondo cui la rimessione in termini *ex art.* 153 c.p.c. richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà (cfr. in tal senso Cassazione civile, sez. II, 26 marzo 2012, n. 4841; Cassazione civile, sez. III, 11 novembre 2011, n. 23561), laddove per fattore estraneo può attualmente considerarsi, con sempre crescente sicurezza, anche l'eventuale malfunzionamento del sistema informatico di inoltro degli atti telematici, circostanza, invero, ad oggi tutt'altro che rara.

Diritto penale

La sanzione disciplinare già inflitta rende improcedibile l'azione penale avente ad oggetto gli stessi fatti? Il principio del *ne bis in idem* e la giurisprudenza della Corte EDU.

La presente questione trae spunto da una recente sentenza del Tribunale di Brindisi, sezione penale, dott. Giuseppe Biondi, n. 2881 depositata in data 17 ottobre 2014 con la quale il Giudice, addivenendo ad un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p., ha dichiarato di non doversi procedere nei confronti dell'imputato in ordine al reato di danneggiamento aggravato per *bis in idem*, avendo subito l'imputato, all'esito di un procedimento definitivo, condanna per il medesimo fatto ad una sanzione, qualificata come disciplinare nel nostro ordinamento, ma da ritenersi "penale" ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 protocollo 7 della CEDU.

Nel caso in esame, il P.M. chiedeva la condanna «dell'imputato alla pena di anni uno di reclusione per il reato di danneggiamento aggravato, previsto e punito dagli artt. 635, 1° e 2° comma, n. 3 e 625, 1° comma, n. 7, c.p. perché lo stesso, durante la permanenza presso la Casa Circondariale di Brindisi, in qualità di detenuto, distruggeva uno sgabello ed uno scrittoio a muro, presenti nella cella occupata, di proprietà dello stesso Istituto pubblico».

Dalla documentazione acquisita nel corso del processo emergeva che il detenuto veniva sottoposto ad un procedimento disciplinare ai sensi degli artt. 77 n. 13, 81 d.P.R. n. 230/2000 e 33 n. 2), 39 n. 5), 40, comma 2, legge 354/75 proprio in relazione al danneggiamento delle suppellettili presenti nella sua cella. Il procedimento si concludeva con la sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune per la durata massima di quindici giorni, che il detenuto scontava regolarmente.

Inoltre, ai sensi degli artt. 24, 32, ultimo comma, legge 354/75 e 72 d.P.R. 230/2000, al detenuto veniva prelevato a titolo di risarcimento del danno arrecato all'Amministrazione la somma di € 341,00 a fronte di un danno calcolato in € 422,74.

Giova evidenziare, sin da ora, che in concreto la sanzione disciplinare irrogata al detenuto consisteva nel "divieto di comunicare con i compagni", nel divieto di accettare generi alimentari contenuti nel pacco,

nel divieto di acquistare al servizio di sopravvitto generi alimentari, nel divieto di svolgere i colloqui nei locali in comune con la restante popolazione carceraria. Inoltre, ai sensi dell'art. 33 n. 2) O.P. al detenuto durante l'esecuzione della sanzione disciplinare veniva applicato l' "isolamento continuo".

L'imputato durante lo svolgersi del processo rendeva delle spontanee dichiarazioni. In particolare, affermava chiaramente che credeva di essere già stato giudicato e condannato per la sua illecita condotta, e non pensava che sarebbe stato pure denunciato all'A.G. e sottoposto ad un ulteriore procedimento penale.

Il Giudice ha ritenuto che, nella sua semplicità, l'imputato avesse sollevato una questione di *bis in idem*, questione che assume un indubbio rilievo alla luce dell'art. 4 protocollo 7 della CEDU.

Al fine di comprendere il merito della questione affrontata nel caso in esame, pare utile soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo relativa all'art. 4 protocollo 7 della CEDU e, in particolare, sull'interpretazione che viene data della nozione di "accusa penale".

Come è noto, infatti, questa disposizione prevede testualmente quanto segue: «1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dallo stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della convenzione».

Ora, è ampiamente noto che la Corte di Strasburgo, nella sua opera di interpretazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, procede a vere e proprie "ridefinizioni" dei termini dei quali si serve, poiché gli stessi potrebbero avere una estensione semantica diversa nei vari Stati membri del Consiglio d'Europa (si parla, al riguardo, di interpretazione "autonoma").

Così, la nozione di "accusa penale" è stata intesa in un significato sostanziale, riconducendo a essa diverse

misure di carattere punitivo e capaci di incidere pesantemente nella sfera soggettiva degli individui coinvolti, a prescindere dalla qualificazione (per es., come penali o amministrative o, addirittura, come misure non sanzionatorie) che ricevano in un determinato ordinamento.

In particolare, secondo quanto precisato sin dalla sentenza della Corte EDU, 8.6.1976, *Engel* e altri c. Paesi Bassi, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», e, quindi, di verificare se un soggetto è stato sottoposto nello Stato membro due volte a procedimento penale per lo stesso fatto, occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione».

Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6 § 1 CEDU, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale».

Sicché, da un lato, la gravità (*rectius* severità) può essere non necessaria, ove una sanzione abbia in sé stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva.

Sul punto, appare dirimente il richiamo a Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 febbraio 2005, *Ziliberg v. Moldova*, ricorso n. 61821/00, par. 34, che ha ritenuto di natura «penale» una sanzione pecuniaria di pochi euro inflitta a uno studente per avere preso parte a una manifestazione non autorizzata sull'assunto che l'ammontare della stessa fosse comunque significativo rispetto al reddito del destinatario.

Dall'altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere affittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che abbia conseguenze gravi per il destinatario, può essere considerata di natura «penale». Pertanto, anche provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti espressione di un generico potere ablatorio possono, a certe condizioni, ricadere nella nozione di «accusa penale».

Sul punto, basta richiamare Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 aprile 2012, *Mihai Toma v. Romania*, ricorso n. 1051/06, par. 26, che ha ritenuto di natura «penale», ex art. 6 CEDU, la sanzione di ritiro della patente di guida (qualificata nel relativo ordinamento come misura amministrativa); nonché, in precedenza, Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2006, *Matyjec v. Polland*, ricorso n. 38184/03, par. 58 (riguardante la comminazione di misure di interdizione per dieci anni dai pubblici uffici e dall'esercizio di determinate professioni prevista dall'ordinamento polacco nei confronti di coloro che avessero reso false dichiarazioni in ordine alla passata collaborazione con il regime comunista), ove si legge: «*Having weighed up*

*the various aspects of the case, the Court notes the predominance of those which have criminal connotations. In such circumstances the Court concludes that the nature of the offence, taken together with the nature and severity of the penalties, was such that the charges against the applicant constituted criminal charges within the meaning of Article 6 of the Convention»; tra le più risalenti si confronti, ancora, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 febbraio 1980, *Dewer c. Belgique*, ricorso n. 6903/75, che ha ritenuto di natura «penale» il provvedimento di chiusura di una macelleria che non aveva rispettato la legislazione sui prezzi.*

La circostanza secondo cui i due requisiti sopra richiamati del carattere punitivo e della gravità della misura sanzionatoria sono tra loro alternativi e non cumulativi non impedisce, in ogni caso, di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale».

Facendo applicazione di questi principi, la Corte dei diritti umani ha riconosciuto esplicitamente in un caso italiano la violazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 protocollo 7 della CEDU (cfr. Corte EDU, grande camera, 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia*).

In questo caso, i medesimi soggetti erano stati sottoposti a due procedimenti, uno amministrativo, da parte della CONSOB, per violazione dell'art. 187-ter d.l. 24 febbraio 1998, n. 58, e l'altro penale per violazione dell'art. 185 d.l. 24 febbraio 1998, n. 58. Ebbene, la Corte di Strasburgo, dopo attenta disamina, ha ritenuto che anche il procedimento amministrativo concernesse una «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6 CEDU (facendo applicazione dei c.d. principi della dottrina *Engel* su riportati), riscontrando non solo la violazione dei principi dell'equo processo nel procedimento amministrativo, ma, altresì, la violazione dell'art. 4 protocollo 7 della CEDU per la duplicazione dei procedimenti (amministrativo – *rectius* penale per la CEDU – e penale) aventi ad oggetto i medesimi fatti.

È evidente infatti che, nell'ottica dei giudici di Strasburgo, una volta qualificata come «penale» una sanzione amministrativa, la stessa non può cumularsi con un'altra sanzione (formalmente o sostanzialmente penale).

Importante e ricca di conseguenze sistematiche e pratiche è soprattutto la regola affermata dalla Corte per comprendere se le due sanzioni possano dirsi riferite al medesimo illecito.

Emerge anche qui l'approccio sostanzialistico e antielusivo della Corte EDU: infatti, recentemente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la nozione di *idem* contenuta nell'art. 4 protocollo 7 della CEDU deve essere intesa come stessi fatti, cioè come identità dei fatti materiali (Corte EDU, grande camera, 10.02.2009, *Zolotoukhine c. Russia*).

Per dirla con le parole del giudice brindisino «occorre verificare se, al di là del *nomen iuris* attribuito dalle norme in tema di ordinamento penitenziario, l'illecito di cui all'art. 77 n. 13 DPR 230/00 può assumere natura penale ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dell'art. 4 protocollo 7 della CEDU».

Ebbene, la distanza di questa impostazione rispetto a quella tradizionale della nostra giurisprudenza appare evidente: quest'ultima si è infatti adagiata su un comodo criterio formale e, nello stabilire l'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem*, ha guardato al rapporto intercorrente tra fattispecie tipiche, considerate in astratto, e non alle condotte in concreto poste in essere.

Nel caso in esame, il giudice, cogliendo a pieno gli insegnamenti provenienti dalla Corte EDU si è chiesto se l'imputato dovesse considerarsi già giudicato e condannato per il medesimo fatto oggetto del procedimento penale nel momento in cui ha subito la duplice sanzione dell'esclusione dalle attività in comune per giorni quindici e del risarcimento del danno.

Secondo il nostro ordinamento, questo fatto può integrare invero tanto un illecito disciplinare ai sensi dell'art. 77 n. 13 d.P.R. 230/2000 quanto un delitto, previsto e punito dall'art. 635, commi 1 e 2 n. 3), c.p.

Orbene, preme rilevare che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, la nozione di «sanzione» di cui al paragrafo 7 della Convenzione è, al pari delle nozioni di «diritti civili e obbligazioni» e «accusa penale» di cui all'articolo 6, § 1, un "*autonomous Convention concept*". Il punto di partenza in ogni valutazione dell'esistenza di una sanzione è se la misura in questione è imposta a seguito della condanna per un "*criminal offence*". Altri fattori che possono essere presi in considerazione come rilevanti in questo collegamento sono la natura e lo scopo della misura in questione; la sua caratterizzazione ai sensi del diritto nazionale; le *procedure necessarie per la realizzazione e l'attuazione della misura*; nonché la sua *gravità* (vedi *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, §§ 27-28, Serie A n. 307-A).

L'articolo 4 del protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito» nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi.

La Corte, pertanto, deve esaminare la causa dal punto di vista dei fatti descritti nelle norme in rilievo, che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio; l'esistenza di tali circostanze deve essere dimostrata affinché possa essere pronunciata una condanna o esercitata l'azione penale (*Sergueï Zolotoukhine*, sopra citata, § 84).

Ed è proprio seguendo *iter* che il giudice brindisino ha argomentato in motivazione.

Infatti, in relazione alle «procedure necessarie per la realizzazione e l'attuazione della misura il giudice ha rilevato che «la sanzione disciplinare è irrogata a carico del detenuto con un provvedimento motivato dopo un procedimento disciplinare caratterizzato dalla contestazione dell'addebito, da un minimo di contraddittorio, in quanto l'interessato è ammesso ad esporre le proprie discolpe (art. 38 comma 2 legge 354/1975 e art. 81 d.P.R. n. 230/2000); il provvedimento è reclamabile davanti al magistrato di sorveglianza». Procedura del tutto equiparabile ad una di tipo «giudiziale».

Poi, per quanto concerne il ben più significativo profilo della «gravità», il giudice ha rilevato come la sanzione applicata avesse «inciso concretamente sui diritti di libertà del detenuto».

Si ricorda, infatti, che, associato alla sanzione dell'esclusione dalle attività in comune (che costituisce la massima sanzione disciplinare irrogabile) vi era quella dell'*isolamento continuo*, la quale per potere essere eseguita, necessita del rilascio di un apposito certificato da parte del sanitario. Infine, associata alla sanzione disciplinare, per così dire, personale, vi era anche una sanzione disciplinare di tipo patrimoniale, costituita dal risarcimento del danno nella forma del prelievo forzoso di una somma di denaro dal peculio del detenuto fino alla concorrenza del danno cagionato.

Tanto basta per affermare che si sia trattato chiaramente di una unica e stessa condotta da parte della stessa persona alla stessa data. Di conseguenza, la nuova azione penale riguardava un secondo «illecito», basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva.

Tale constatazione appare, dunque, sufficiente per affermare che, nel caso di specie, facendo applicazione dell'interpretazione convenzionalmente conforme (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007) vi sia stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

Il tema del *ne bis in idem* era già stato affrontato, sostanzialmente negli stessi termini, anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Camera, nella sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, con riferimento all'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario della normativa svedese in materia di sanzioni per le violazioni degli obblighi di dichiarazione I.V.A., aveva chiarito che, ove la sanzione qualificata come amministrativa dal legislatore nazionale debba essere ritenuta di matrice sostanzialmente penale, il suo concorso con quella anche formalmente penale si deve reputare lesivo del principio stabilito dall'art. 50.

Del resto, con specifico riguardo al nostro ordinamento, l'appartenenza sostanziale al diritto penale delle sanzioni amministrative aventi un carattere affittivo ha trovato definitiva conferma pure nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Quest'ultima, dopo essersi pronunciata in tal senso una prima volta, nel 2010, con riguardo a un provvedimento di confisca di un veicolo per guida in stato di ebbrezza, ha nuovamente ribadito il proprio orientamento con la sentenza n. 104 del 2014, riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata per violazione della normativa sul commercio.

La Corte costituzionale, al punto 7.2 del *Considerato in diritto* ha affermato, infatti, che: «L'esame di tale censura deve prendere le mosse dalla sentenza n. 196 del 2010 nella quale questa Corte ha affermato che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-affittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto».

Non può sottacersi che parte della dottrina italiana (cfr. F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 614 ss.) sostiene che l'impostazione seguita dalla Corte di Strasburgo sembrerebbe porsi in precaria compatibilità con il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. Tanto, sul presupposto che, nella gran parte dei casi, la sanzione amministrativa "arriva prima", temporalmente, rispetto a quella penale e, dunque, quest'ultima rischierebbe di essere sostanzialmente preclusa.

Secondo tale dottrina si potrebbe anche ipotizzare una inoperatività del principio CEDU dato che la Convenzione può integrare il nostro ordinamento quale norma interposta solo a condizione che sia conforme a Costituzione.

La sentenza che si commenta, sul punto, rileva in maniera del tutto condivisibile che «tale esegesi non può ritenersi in contrasto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in capo al P.M. di cui all'art. 112 Cost. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, quale espressione del principio di legalità e di eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, nasce a garanzia dell'individuo, proprio come il principio del bis in idem, affinché, in relazione alla commissione di determinati fatti qualificati come illeciti penali, non possa operarsi distinzioni e discriminazioni nell'esercizio dell'azione penale. Sicché, se una sanzione, qualificabile come penale, risulta già irrogata ad un individuo per un determinato fatto, la circostanza che non sia stata irrogata dal P.M., ma da altro organo dello Stato, non può incidere sulla garanzia del divieto del doppio processo. In buona sostanza, non è possibile un esercizio discrezionale dell'azione penale per le stesse ragioni di tutela dei diritti fondamentali per le quali non è possibile che chi ha subito una sanzione, qualificabile come penale per la sua gravità, per la commissione di un determinato fatto non debba correre il rischio di essere sottoposto ad un nuovo proce-

dimento potenzialmente culminante con l'irrogazione di una sanzione penale».

La tesi secondo cui il principio di stretta legalità formale sancito in materia penale dall'art. 25 Cost. e il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. cui sarebbero destinati ad operare come una sorta di generalizzata preclusione al "recepimento", nell'ordinamento interno, della riconducibilità nel *genus* della sanzione penale, così come delineato dalla Cedu, di sanzioni formalmente non qualificate come tali appare priva di pregio.

Una preclusione del genere, infatti, non è in linea con la giurisprudenza costituzionale sopra citata che, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ha richiamato il principio – desumibile anche dall'art. 25 Cost., comma 2 – secondo cui «tutte le misure di carattere punitivo-affittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» (sentenza n. 196 del 2010).

La nuova impostazione "sostanzialistica" accolta nelle motivazioni del Tribunale di Brindisi non può che condividersi. In buona sostanza, non c'è più necessità di "identità dei reati", ma "riferimento allo stesso comportamento". Espressioni che, invero, sembrano in contrasto tra loro per chi è cresciuto nella certezza della distinzione (formale, in quanto dipendente dal tipo di sanzione applicabile) tra illecito amministrativo (*rectius*: non penale) ed illecito penale (delitto o contravvenzione) e della conseguente impossibilità concettuale di parlare di "stesso comportamento" quando trattasi di illeciti di natura diversa, con diverse regole applicative (quelle amministrative per gli illeciti non-penali e quelle del codice penale per i reati) e con diverse sanzioni (pecuniarie o d'altro genere per gli illeciti amministrativi; ergastolo, reclusione e multa per i delitti, arresto ed ammenda per le contravvenzioni).

Sembra che i giudici penali dovranno, ora, valutare se la fattispecie criminosa contestata non si presenti come un "doppione" di quella amministrativa-tributaria-disciplinare in considerazione della gravosità della sanzione extra-penale a cui il soggetto è stato sottoposto, indipendentemente dalla circostanza che la stessa sia stata o meno già interamente pagata.

Tale tipo di valutazione comparatistica si presenta, però, di difficile risoluzione, mancando dei criteri oggettivi ai quali doversi attenere per decidere se la sanzione *extra-penale* abbia o meno detta caratteristica; criteri oggettivi che vengono precisati dalla CEDU in maniera ancora poco dettagliata.

Ancora una precisazione. Il Tribunale di Brindisi ha ritenuto possibile riconoscere e garantire – in modo del tutto condivisibile – il diritto fondamentale al *ne bis in idem* in via "immediata" – senza necessità, cioè, di un intervento della Corte costituzionale – attraverso un'interpretazione conforme dell'art. 649 c.p.p.

Ma il Tribunale avrebbe anche potuto ritenere impraticabile questa strada, di fronte all'ostacolo testuale rappresentato dall'esplicito riferimento, nell'art. 649 c.p.p., a una sentenza o decreto *penali* divenuti irrevocabili. In tal caso, avrebbe potuto sollevare questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 c. 1 Cost., strada, seguita recentemente dalla Corte di cassazione, sezione V penale, in materia di abuso di informazioni privilegiate con l'ordinanza depositata in data 15 gennaio 2015, n. 1782.

Nell'ordinanza da ultimo citata si legge che il principio del *ne bis in idem* ha una *ratio* composita: per un verso, «*presidio al principio di ordine pubblico processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile*» e, per altro verso, espressione di «*un diritto civile e politico dell'individuo, sicché il divieto deve ritenersi sancito anche a tutela dell'interesse della persona, già prosciolta o condannata, a non essere nuovamente perseguita*» (Cass., sez. un., 28.06.2005 n. 34655 - dep. 28.09.2005, P.G. in proc. Donati ed altro).

Per assecondare questa *ratio* composita, il codice di rito appresta una serie di strumenti preventivi (ossia, finalizzati a prevenire la duplicazione dei procedimenti relativi al medesimo fatto: la disciplina dei conflitti positivi di competenza *ex artt.* 28 ss. c.p.p., nonché quella dei contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero *ex art.* 54-*bis* c.p.p.) e riparatori (la

disciplina di cui all'art. 669 c.p.p. e la stessa disciplina *ex art.* 649 c.p.p.), tutti affidati all'autorità giudiziaria penale e collocati nel quadro della disciplina codicistica.

In questo quadro, la duplicazione dei procedimenti per il medesimo fatto rappresenta, per riprendere ancora le indicazioni delle Sezioni Unite Donati, oltre che una «lesione della sfera giuridica dell'interessato», «un'evidente distorsione dell'attività giurisdizionale».

L'articolo 649 c.p.p. deve essere, allora, necessariamente interpretato aderendo all'interpretazione convenzionalmente conforme al fine di evitare un'incongruenza sistematica: la norma, infatti, rappresenterebbe non più il rimedio ad una «distorsione dell'attività giurisdizionale», ossia ad un evento «patologico» nel quadro della disciplina del codice di rito, ma lo sbocco necessario della ineludibile instaurazione, per il medesimo fatto, del procedimento penale da parte del pubblico ministero e del procedimento amministrativo da parte dell'autorità competente.

In conclusione, tale «incongruenza sistematica» mette in luce, *a fortiori*, la bontà della decisione del Tribunale di Brindisi che ha pronunciato sentenza di non doversi procedere *ex art.* 529 c.p.p. per improcedibilità dell'azione penale per *bis in idem ex art.* 649 c.p.p. nei confronti di un imputato che, per il medesimo fatto, aveva già subito una sanzione «etichettata» come disciplinare dall'ordinamento penitenziario italiano, ma da considerarsi penale ai sensi della CEDU.

Elia Scafuri
Dottoressa in Giurisprudenza

Diritto amministrativo

È possibile ricorrere all'istituto della monetizzazione delle aree a *standard* in sede di rilascio del titolo edilizio nel caso in cui quest'ultima non sia prevista da un atto convenzionale?

La soluzione della recente ed interessante *questio* in esame non può prescindere da una breve ma attenta analisi dell'istituto che vi sottende: la cd. monetizzazione delle aree a *standard*.

Ad onta della frequente ricorrenza, nella prassi, della monetizzazione sostitutiva della cessione di aree *standard*, quest'ultima non sembra essere stata ancora sufficientemente indagata in dottrina, né sembra aver ricevuto adeguata considerazione da parte del legislatore.

Con riguardo alla dizione "*standard* urbanistici" la dottrina distingue tra *standard* generali o ad efficacia immediata (che interessano i Comuni sprovvisti di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione vincolando direttamente la sfera giuridica dei privati) e *standard* speciali o ad efficacia differita, che sono rivolti ai Comuni e non vincolano direttamente i destinatari delle scelte urbanistiche (G. FARRI, *Gli standard urbanistici*, in AA.VV., *Trattato dei Diritti Reali*, IV, (diretto da) A. GAMBARO E U. MORELLO, Milano, 2012, 448; N. ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, 136).

In particolare, gli *standard* speciali (o ad efficacia differita) sono disciplinati dall'art. 41-*quinquies*, commi 8 e 9, della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (Legge urbanistica statale):

- il comma 8 cit. dispone che tutti i Comuni in sede di formazione dei nuovi strumenti urbanistici, ovvero della revisione di quelli esistenti, devono osservare «limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi»;
- il comma 9 cit. precisa, tra l'altro, che i «limiti e i rapporti previsti dal precedente comma sono definiti per zone territoriali omogenee, con decreto del Ministero per i lavori pubblici di concerto con quello per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici».

In attuazione del suddetto comma 9°, il legislatore ha emanato il d.m. 2 aprile 1968 n. 1444 ("Limiti in-

derogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della l. 6 agosto 1967, n. 765"), pubblicato nella Gazz. Uff. 16 aprile 1968, n. 97), nel quale sono confluite diverse disposizioni, anche in tema di regolazione edilizia, oltre quelle che qui interessano in tema di *standard* urbanistici.

Tramite la suddetta normativa sono state dunque disciplinate le misure concrete dei parametri da rispettare in sede di formazione degli strumenti urbanistici generali, o di varianti al piano regolatore generale.

Il legislatore ha poi trasferito la materia dell'urbanistica, e quindi anche il potere di fissazione degli *standard*, alle Regioni, con l'art. 1 del d.P.R. 15 gennaio 1972 n. 8, rubricato "Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di urbanistica e di viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale e dei relativi personali ed uffici", poi confermato con gli artt. 79 e 80 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 "Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382" e ribadito, senza prendere posizione sui limiti del riparto di attribuzioni, dall'art. 32 del d.P.R. n. 380 del 2001 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia", pubblicato nella Gazz. Uff. 20 ottobre 2001, n. 245, S.O.), che dà per presupposta la disciplina.

Nel novero degli *standard* speciali rientrano anche quelli che individuano le quantità minime di spazi che devono essere destinati alle attività collettive, a verde pubblico, ovvero a parcheggi.

Tuttavia, la cessione delle aree a *standard* da parte dei privati all'Ente pubblico non appare sempre possibile per motivi svariati ed eterogenei: in concreto potrebbe infatti verificarsi la carenza o l'incongruità delle aree suscettibili di ricevere la destinazione di *standard* urbanistici, oppure (a seguito di un'eventuale cessione) potrebbero formarsi spazi pubblici inconsistenti dal punto di vista dell'estensione, nonché irrazionali per quanto ne concerne la localizzazione.

In alternativa alla cessione si è, pertanto, diffuso il ricorso all'utilizzo dell'istituto della cd. monetizzazio-

ne, che consiste nel versamento di un importo da parte di un cittadino privato all'Ente pubblico, ogni volta che non sia possibile disporre la cessione diretta delle aree (in tal senso: Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 32, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr., inoltre, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 7 ottobre 2005, n. 3775, in *Foro amm. TAR*, 2005, 10, 3070, secondo cui la monetizzazione consiste «nel pagamento di una somma di denaro in alternativa alla cessione gratuita di aree necessarie per le opere di urbanizzazione»).

Con le parole della Corte dei conti (cfr. sez. Controllo Lombardia, parere n. 6 del 26 giugno 2006), la monetizzazione costituisce un'obbligazione alternativa alla cessione da parte dei privati di aree che potrebbero risultare non utili ai fini dell'interesse pubblico.

O ancora, in altri termini essa si sostanzia nella «possibilità che i privati, considerate natura e specificità degli interventi assentiti, in luogo della cessione (totale o parziale) delle aree deputate a standard, provvedano al pagamento di una somma di denaro, rapportata al costo di acquisizione di altre aree, equivalenti, quanto a estensione, e comparabili, quanto a ubicazione, a quelle che avrebbero dovuto essere cedute» (G. FARRI, *cit.*, pp. 471-472).

In tal modo, pertanto, è consentito al soggetto lottizzante di corrispondere all'Amministrazione comunale un corrispettivo in danaro per ogni metro quadrato non ceduto, con il conseguente obbligo del Comune medesimo di utilizzare quanto ottenuto dalla monetizzazione per la realizzazione di opere pubbliche da localizzarsi ove pianificato.

Sebbene in dottrina sia stato rilevato che la monetizzazione risulta legittima solo ed in quanto ammessa dalla legge – stante l'imperatività delle norme che impongono l'effettiva realizzazione delle opere di urbanizzazione e degli *standard* – (cfr. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, 73), la giurisprudenza ha precisato che si tratta di un istituto contemplato dall'ordinamento ed applicato nella prassi amministrativa di tutti i Comuni italiani (Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 19 giugno 2012, n. 1089, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Marche, sez. I, 23 giugno 2011, n. 500, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

In dottrina si è rilevato che la prassi dimostra una crescente applicazione dell'istituto della monetizzazione, sempre più avallata dalla legislazione regionale così: G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, *cit.*, p. 73).

Il legislatore statale, infatti, non ha disciplinato espressamente l'istituto della monetizzazione: l'ammissibilità del medesimo è stata desunta *a contrario* – da parte della dottrina e della giurisprudenza – da diverse norme.

Viceversa, in materia, sono intervenuti direttamente alcuni legislatori regionali che hanno introdotto a partire dagli anni Settanta una specifica disciplina in materia di monetizzazione degli *standard* urbanistici

(l.r. Lombardia n. 12 del 2005, art. 46, comma 2, lett. a); nella l.r. Veneto n. 11/2004, art. 26, comma 5). Particolarmente all'avanguardia, nello specifico, è apparsa la legislazione lombarda in materia.

Tanto premesso, alla luce della giurisprudenza espressasi in materia, si può dunque affermare che la monetizzazione delle aree a *standard*:

- si pone quale strumento alternativo alla cessione di aree da parte di un cittadino privato ad un Ente pubblico;
- trova ordinariamente la sua fonte legittimante nella convenzione urbanistica che disciplina il piano attuativo (la cd. lottizzazione convenzionata);
- è contemplata dall'ordinamento giuridico ed applicata nella prassi amministrativa dei Comuni italiani, tant'è che trova la sua disciplina principalmente in atti normativi e provvedimenti degli Enti Locali, come ad es. nella l.r. Lombardia n. 12 del 2005, art. 46, II comma, lett. a); nella l.r. Veneto n. 11/2004, art. 26, V comma;
- è derogatoria rispetto al principio affermato dall'art. 12 del d.P.R. n. 380/2001 (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”, pubblicato nella Gazz. Uff. 20 ottobre 2001, n. 245, S.O.), rubricato “Presupposti per il rilascio del permesso di costruire” che, in particolare ai commi 1,2,3 dispone che «1. Il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente. 2. Il permesso di costruire è comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso. 3. In caso di contrasto dell'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire con le previsioni di strumenti urbanistici adottati, è sospesa ogni determinazione in ordine alla domanda» (in tal senso si veda: Tar Marche, n. 500 del 23 giugno 2011). È facile comprendere, pertanto, come la monetizzazione – integrando un'eccezione alla regola generale – deve poggiare, rispetto alla cessione delle aree, su una solida ragione giustificatrice nell'ambito del procedimento urbanistico, mentre viceversa la cessione non deve essere supportata da una peculiare motivazione configurando l'ipotesi ordinaria prevista dal legislatore (cfr. Tar Lombardia-Brescia, sez. II, sentenza n. 1089 del 18 giugno 2012);
- sostanziandosi nella facoltà della Pubblica Amministrazione di richiedere ovvero accettare il controvalore delle opere di urbanizzazione – in luogo della cessione delle aree – rientra nella sfera di discrezionalità tecnico-amministrativa dell'Ente pubblico, e come tale non è censurabile se non per

“gravi vizi di irrazionalità” (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 805 del 4 marzo 2008; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 824 del 7 febbraio 2011 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 644 del 4 febbraio 2013 – link a www.giustizia-amministrativa.it, dove si può leggere che la monetizzazione degli *standard* si configura quale facoltà eminentemente discrezionale dell’Amministrazione comunale e non già quale diritto del privato, il quale non può pertanto ritenersi esente dall’onere di individuare le aree da computare in quota *standard*. Per una panoramica completa sull’istituto in esame e sulle questioni residuali affrontate dalla dottrina si veda: “Le azioni giudiziali avverso la monetizzazione sostitutiva della cessione degli *standard* urbanistici: termine decadenziale o prescrizione, (nota a Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14.02.2013, n. 45)” di CRISTIAN MARZETTA, pubblicato in “Amministrazione in Cammino”, rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell’economia e di scienza amministrativa, Direttore Prof. Giuseppe di Gaspare).

Quanto, poi, alle finalità dell’istituto in esame, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l’Amministrazione deve considerare la monetizzazione come una facoltà in ogni caso preordinata «al migliore e più ordinato assetto del territorio, non anche uno strumento per conseguire finalità estranee alla disciplina urbanistica (quali la tutela di interessi privati o il reperimento di risorse volte unicamente a far cassa), sicché se ne deve ritenere possibile l’impiego solo quando emerge che la pura e semplice applicazione degli *standard* previsti non darebbe effettivamente luogo alla realizzazione di dotazioni territoriali in concreto utili alle esigenze urbanistiche dell’insediamento e si presenti allora conveniente destinare le corrispondenti risorse all’esecuzione delle opere di urbanizzazione in altra parte del territorio comunale» (cfr. Tar Emilia Romagna, sentenza n. 316/2006).

Sulla stessa lunghezza d’onda la recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha affermato che la monetizzazione degli *standard* urbanistici non può essere considerata alla stregua di una vicenda di carattere unicamente patrimoniale e rilevante solo sul piano dei rapporti tra l’Ente pubblico e il privato che realizzerà l’opera e ciò perché, da un lato, così facendo si legittima la paradossale situazione di separare i *commoda* (sotto forma di entrata patrimoniale per il Comune) dagli *incommoda* (il peggioramento della qualità di vita degli abitanti dell’area) e, dall’altro, si nega tutela giuridica agli interessi concretamente lesi degli abitanti dell’area (massima tratta da www.lexambiente.it – Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 644 del 4 febbraio 2013 – link a www.giustizia-amministrativa.it).

Delineati in via generale la prassi della monetizzazione ed il particolare meccanismo normativo che disciplina le decisioni sugli *standard* urbanistici, ap-

pare interessante per un attimo – prima di passare al quesito in esame – focalizzare l’attenzione sull’applicabilità dell’istituto in esame con riguardo alla Regione Campania.

Mentre infatti, come sopra accennato, la legislazione lombarda in materia appare esaustiva e all’avanguardia, dagli studi e dalle ricerche effettuate dalla scrivente risulta un unico riferimento normativo contenuto nel Titolo III della l.r. Campania n. 14 del 1982 (“Indirizzi programmatici e direttive fondamentali relative all’esercizio delle funzioni delegate in materia di urbanistica, ai sensi dell’art. 1, secondo comma, della l.r. 1° settembre 1981, n. 65”, pubblicata nel Boll. Uff. Campania 29 marzo 1982, n. 24) che disciplina l’istituto della monetizzazione con specifico riferimento ai Piani di lottizzazione convenzionata indicati dall’art. 28 della legge n. 1150 del 1942.

La normativa appena richiamata dispone: «1. Sia nelle aree in cui lo strumento urbanistico generale subordina l’edificazione alla preventiva autorizzazione dei Piani attuativi, sia nelle restanti aree, i proprietari singoli o riuniti in consorzio, od il Comune nei casi stabiliti dal penultimo ed ultimo comma dell’art. 28 della l. 17 agosto 1942, n. 1150 e successive modificazioni, possono redigere Piani di lottizzazione convenzionata. La convenzione deve prevedere: 1) la cessione gratuita entro termini stabiliti delle aree per le opere di urbanizzazione primaria, indicati nell’art. 4 della l. 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree per le opere di urbanizzazione secondaria nella misura richiesta dalla legislazione vigente, salvo che gli strumenti urbanistici vigenti nei Comuni non prevedono misure più elevate. Qualora l’acquisizione di tali aree non venga ritenuta opportuna dal Comune in relazione alla loro estensione, conformazione o localizzazione, ovvero in relazione ai programmi comunali di intervento, la convenzione può prevedere, in alternativa totale o parziale della cessione che all’atto della stipula i lottizzanti corrispondano al Comune una somma comunque non inferiore al costo di acquisizione di altre aree; 2) la realizzazione a cura dei proprietari di tutte le opere di urbanizzazione primaria e di quelle necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi, nonché il pagamento di una somma pari al costo di una quota parte di quelle secondarie determinata con deliberazione del Consiglio comunale in proporzione all’entità ed alle caratteristiche degli insediamenti della lottizzazione».

È palese, pertanto – alla luce della suesposta normativa regionale – che la facoltà della P.A. di monetizzare debba essere non solo subordinata alla redazione di Piani di lottizzazione convenzionata, ma altresì prevista dalla convenzione quale possibilità alternativa alla cessione delle aree all’Ente pubblico da parte dei proprietari singoli, ovvero riuniti in consorzio, qualora il Comune non ritenga opportuno acquisire le medesime aree.

Il richiamo operato dal suddetto titolo (titolo III della l.r. Campania n. 14 del 1982) all'art. 28 della legge n. 1150 del 1942, ed in particolare al comma 11, appare interessante, in quanto prevede che «11. Nei Comuni forniti di programma di fabbricazione e in quelli dotati di piano regolatore generale anche se non si è provveduto alla formazione del piano particolareggiato di esecuzione, il sindaco ha facoltà di invitare i proprietari delle aree fabbricabili esistenti nelle singole zone a presentare entro congruo termine un progetto di lottizzazione delle aree stesse (...)».

Sul punto occorre osservare che il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3217 del 21 maggio 2005, ha affrontato e chiarito il rapporto che intercorre tra Piano di lottizzazione e la successiva convenzione di lottizzazione:

- il Piano lottizzazione rappresenta un presupposto giuridico, e non necessariamente logico, della stipula;
- la convenzione costituisce, di regola, il punto di approdo nel quale si formalizzano a livello negoziale i reciproci obblighi dei lottizzanti e dell'Amministrazione dopo che quest'ultima abbia favorevolmente accolto la proposta urbanistica dei privati; trattasi, dunque, di una delle eventuali attività che possono concretizzarsi dopo l'approvazione del Piano, e in ogni caso di un atto autonomo ed indipendente rispetto al provvedimento di approvazione del Piano di lottizzazione; la convenzione deve essere considerata, infatti, come un atto negoziale tipico, nel quale l'incontro delle volontà trova formalizzazione: da un lato, infatti, c'è la volontà dei privati che, dopo aver chiesto e ottenuto l'approvazione del Piano, potrebbero avere interesse a procedere nel successivo passaggio della convenzione per, poi, procedere alla realizzazione dell'intervento con i dovuti e necessari titoli edilizi; dall'altro, contestualmente, c'è la volontà dell'Amministrazione, espressa con l'approvazione della proposta di Piano di lottizzazione, così come proposta in sede di esercizio della iniziativa privata. Sono queste due volontà a doversi (eventualmente) incontrare nella convenzione di lottizzazione.

In sostanza, ad avviso del Consiglio di Stato, fra Piano di lottizzazione e convenzione di lottizzazione non sussiste un reciproco nesso di logica consequenzialità (la quale, semmai, resiste soltanto "nel caso in cui" permangano volontà e presupposti della pianificazione approvata per la lottizzazione): esiste, invece, solo un principio di pregiudizialità giuridica del primo rispetto alla seconda.

La convenzione resta, ovviamente, un presupposto per la successiva attuazione dell'intervento edilizio. Tuttavia, la stipulazione dell'atto convenzionale non costituisce un'attività "vincolata": si tratta, infatti, di un potere "discrezionale" della P.a.

Stante la necessaria premessa, è doveroso tornare al quesito in esame che verte sulla possibilità di ricorrere all'istituto della monetizzazione delle aree a *standard* non in sede di pianificazione attuativa, ma in sede di rilascio del titolo edilizio allorquando la possibilità di monetizzare non sia prevista da un atto convenzionale.

Con la sentenza n. 6950 del 17 settembre 2010 – di conferma della precedente pronuncia del Tar – il Consiglio di Stato, con riferimento alla lottizzazione di aree edificabili, ha escluso che in sede di rilascio dei titoli abilitativi edilizi e/o in sede di rideterminazione o rettifica degli oneri concessori, l'Amministrazione comunale possa esigere una monetizzazione volta a supplire alla (presunta) carenza di *standard* che non sia stata considerata nel momento della pianificazione attuativa. La sentenza è stata emessa con riferimento all'applicazione della legge regionale lombarda 5 dicembre 1977 n. 60 ("Norme di attuazione della legge 10/1977"), che contempla il possibile ricorso alla monetizzazione per un intervento subordinato al piano di lottizzazione, ovvero ad un piano attuativo assimilabile, e che discende dall'atto convenzionale preordinato all'esecuzione del piano.

Ad avviso dei Giudici del Palazzo Spada, non risulta legittima, pertanto, la monetizzazione in sede di rilascio del titolo edilizio, se non prevista dall'atto convenzionale e al di fuori della misura preventivamente deliberata dagli organi competenti e concordata tra le parti; trattandosi, in tal caso, di una violazione contrattuale.

La pronuncia in esame costituisce uno dei rilevanti tasselli giurisprudenziali in materia, dato che la monetizzazione degli *standard* urbanistici – con accoglienza controversa – rappresenta una delle procedure di attuazione dell'istituto della perequazione urbanistica non previsto dalla legge nazionale ed introdotto in alcune legislazioni regionali.

Tuttavia, il Consiglio di Stato è recentemente tornato sul punto e, pur ritenendo la regola generale in base alla quale la monetizzazione debba essere condizionata alla previa redazione di un Piano di lottizzazione, ha affermato che il suddetto principio possa essere eccezionalmente derogato qualora l'Amministrazione accerti la completa urbanizzazione dell'area, anche in relazione all'entità globale dell'intervento costruttivo e la sua completa interclusione (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 3 marzo 2004 n. 1013). L'autorevole giurisprudenza ha inoltre chiarito che trattandosi di una scelta derogatoria è ampiamente discrezionale da parte della P.a., la medesima non è sindacabile dal Giudice Amministrativo, salvo il limite dell'abnormità dei profili logici che supportino il provvedimento.

Tale ultima soluzione appare pienamente condivisibile e, dunque, praticabile anche con riguardo all'applicabilità dell'istituto della monetizzazione delle aree a *standard* in Campania, in attesa di un'auspicabile definizione normativa del medesimo.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA L. 162/2014: LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA	232
di Gian Andrea Chiesi	
IL “NUOVO” PROCESSO ESECUTIVO	235
di Valentina Vitulano	
LA MODIFICA DELL’ART. 2103 DEL CODICE CIVILE	244
di Guglielmo Cinque	
I CONTRATTI DI GODIMENTO IN FUNZIONE DELLA SUCCESSIVA ALIENAZIONE DI IMMOBILI: GLI ASPETTI FISCALI ALLA LUCE DELLA CIRCOLARE DELL’AGENZIA DELLE ENTRATE N. 4/E DEL 19.2.2015	248
di Teodora Scarfò	
NOTIFICHE PENALI TELEMATICHE ED S.N.T.: UN PRIMO BILANCIO A CIRCA TRE MESI DAL 15 DICEMBRE 2014	257
di Valeria Bove	



Brevi spunti di riflessione sulla l. 162/2014: la negoziazione assistita

L'Autore esamina in chiave critica alcune delle novità disciplinate dal d.l. 132/2014, convertito in l. 162/2014, tentando di evidenziare le questioni problematiche sottese ai nuovi istituti introdotti nell'ottica della degiurisdizionalizzazione e che, così come normati in concreto, rischiano di aumentare il contenzioso, anziché diminuirlo.

sommario

Premessa. – **1.** Sulla negoziazione assistita. – **1.1.** (Segue) Profili critici di applicazione dell'istituto: i tempi. – **1.2.** (Segue) Profili critici di applicazione dell'istituto: le spese. – **1.3.** (Segue) Profili critici di applicazione dell'istituto: la responsabilità dell'avvocato/negoziatore.

Premessa

Come già evidenziato nel precedente scritto pubblicato su questa *Rivista*, con l. 10 novembre 2014, n. 162, il Parlamento ha convertito il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», dando alla luce l'ennesimo intervento emergenziale, volto a trovare una soluzione, costi quel che costi, alla "crisi" della giustizia ed alla sua (supposta) incapacità di rispondere alle richieste dell'utenza.

Crisi, invero, più che della Giustizia, di chi quella, per Costituzione, sarebbe destinata ad amministrare (come chiaramente si evince dal riferimento al concetto di "degiurisdizionalizzazione", contenuto nel titolo della legge) essendosi sottratto, per quanto possibile, il contenzioso alle aule di un Tribunale, per portarlo sulla scrivania di un privato: mediatore, arbitro o negoziatore che sia.

Fenomeno, per altro verso, non certamente nuovo né tutto italiano: anzi, da questo angolo prospettico occorre evidenziare che il nostro Legislatore è arrivato a tale approdo quasi per ultimo rispetto alle scelte compiute in altri ordinamenti occidentali (soprattutto quelli che si richiamano alla tradizione d'oltremontana). Sennonché – come già evidenziato le scelte compiute, proprio perché dettate dalla fretta e dalla necessità di riformare "a costo zero" non sempre appaiono in linea con una effettiva tutela dei diritti, sovente trasformandosi, semplicemente, in un ulteriore ostacolo rispetto a tale fine.

1. Sulla negoziazione assistita

Il Capo II, artt. 2 ss., della l. 162/2014 disciplina la «Procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati».

Diversamente dall'arbitrato endoprocessuale, normato dal precedente art. 1, l'istituto è destinato non già a smaltire l'arretrato giudiziario quanto, piuttosto a prevenirlo, introducendo per una determinata "fetta" di contenzioso, non interessata dalla mediazione disciplinata dal d.lgs. 28/2010, una nuova condizione di proponibilità della domanda: sostanzialmente -tentando di riassumere l'istituto in due rapide battute- la parte che (salvo il caso in cui sia autorizzata a stare in giudizio personalmente) intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti ovvero, fuori dei casi previsti dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro ovvero, ancora, chi intenda proporre un'azione relativa ad una controversia in materia di contratto di trasporto o di subtrasporto (cfr. art. 1, comma 249, l. 23 dicembre 2014 n. 190) deve, tramite il proprio avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita.

La convenzione, il cui contenuto è disciplinato dagli artt. 2, comma 2 e 4, comma 1, non deve vertere su diritti indisponibili né può riguardare cause di lavoro e, laddove successivamente al suo espletamento, porti al raggiungimento dell'accordo, dà avita ad un (nuovo) titolo esecutivo (cfr. art. 5, comma 1), utilizzabile sia ai fini dell'iscrizione di ipoteca giudiziale che per la trascrizione (cfr. art. 5, comma 1 e comma 3).

Dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione, inoltre, si producono sulla prescrizione gli effetti (sospensivo ed interruttivo. Cfr. art. 2943 e 2945, comma 2, c.c.) della domanda giudiziale e dalla stessa data è altresì impedita, per una sola volta, la decadenza anche, laddove l'invito vanga rifiutato ovvero non sia accettato nel termine di cui all'articolo 4, comma 1 (30 giorni dalla sua ricezione), la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel

termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.

Così descritta, la procedura sembrerebbe snella, di facile applicazione ed addirittura efficace.

Senonché, ritiene chi scrive che anche in relazione all'istituto in esame, le insidie sono dietro l'angolo ed il contenzioso che potrebbe ingenerarsi, "esplosivo": di seguito alcune delle questioni problematiche che emergono ad una prima lettura del testo normativo.

1.1. (Segue) Profili critici di applicazione dell'istituto: i tempi

L'art. 2, comma 1, lett. a) prevede che la convenzione di negoziazione deve precisare il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti; il successivo art. 4, comma 1, poi, chiarisce che l'invito a stipulare la convenzione deve contenere, tra l'altro, l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile.

Ebbene, nulla è detto circa la tempistica massima intercorrente tra l'adesione all'invito e la stipulazione della convenzione di negoziazione; sicché: 1) la parte invitata potrebbe tempestivamente dichiarare di aderire all'invito, ma la convenzione di negoziazione potrebbe non essere stipulata *sine die*; 2) le parti potrebbero temporeggiare, successivamente all'accoglimento dell'invito, perché hanno necessità di definire il contenuto della negoziazione.

Rilievo tanto più marcato se si considera che, una volta che si sia inteso aderire all'invito di negoziazione, lo svolgimento della procedura assorbe l'invito medesimo e diviene, esso stesso, condizione di proponibilità della domanda!

In sostanza: a) l'art. 3, comma 2, prevede una prima condizione di proponibilità, rappresentata dall'invio dell'invito a concludere la convenzione di negoziazione: in tal caso, quando la parte cui l'invito è diretto rifiuti di concludere l'accordo, oppure non risponda entro il termine di giorni 30 dalla ricezione, la condizione si intende avverata *tuout court*; b) l'art. 3, comma 1, invece, prevede che, laddove la parte aderisca all'invito, la condizione di procedibilità è rappresentata dall'esperimento, positivo o negativo che sia, del procedimento, ovvero dalla decorrenza infruttuosa del termine massimo di 3 mesi previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a) della legge (e, cioè, un termine non inferiore ad un mese e non superiore a tre mesi dalla stipulazione della convenzione).

Senonché la seconda ipotesi innanzi delineata presuppone che, a seguito dell'adesione all'invito, sia seguita la stipulazione delle convenzione di negozia-

zione per la quale, come visto, non è previsto un termine massimo!

Pertanto, nell'ottica del rapido accesso alla giustizia e del superamento dello sbarramento rappresentato dalla condizione di proponibilità in questione, il meccanismo delineato dal Legislatore porta – soprattutto nel caso di parti squilibrate tra loro sotto il profilo della forza negoziale – al paradosso di dovere sperare nel disinteresse alla procedura di negoziazione della parte obblata!

1.2. (Segue) Profili critici di applicazione dell'istituto: le spese

Il tema delle spese è decisamente critico.

Precisamente: a) è stato reintrodotta, per la negoziazione cui partecipi un soggetto che avrebbe le condizioni di reddito per essere ammesso al patrocinio a spese dello stato, il Gratuito Patrocinio (art. 3, comma 6), istituito a propria volta abrogato con l. 217/1990; b) alcunché è detto in relazione al compenso dei consulenti o di altri soggetti/ausiliari che dovessero intervenire nella procedura; c) il rifiuto ad aderire all'invito può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile.

Orbene: 1) quanto al primo aspetto, appare difficilmente giustificabile la diversità di previsione tra il caso in esame e quanto previsto dal d.lgs. 28/2010 laddove, avuto riguardo alle medesime condizioni, è previsto l'accesso al patrocinio a spese dello Stato (cfr. art. 17); 2) l'art. 8, comma 4, d.lgs. 28/2010, in tema di mediazione, prevede che il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali ed il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti: non si comprende, invece, come debba essere stabilito il compenso degli ausiliari eventualmente intervenuti durante la procedura di negoziazione; 3) addirittura superflua – ad avviso di chi scrive – l'ultima previsione innanzi indicata. Anzitutto la valutazione negativa del giudice, in sede di regolamentazione delle spese processuali, concerne unicamente l'ipotesi di mancata risposta all'invito ovvero rifiuto di concludere una convenzione di negoziazione assistita e non anche quella (decisamente più grave) di mancato (immotivato) raggiungimento di un accordo: trattasi, inoltre di un passo indietro rispetto alla mediazione obbligatoria, laddove la condanna al pagamento di spese e contributo è un *must* (cfr. artt. 8 e 13). Non è neppure chiaro, inoltre, il richiamo all'art. 642 c.p.c. (per cui, il rifiuto o la mancata risposta all'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita può essere valutato ai fini della concessione della provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo): ed infatti, se l'art. 4, comma 1, si riferisce all'invito previsto dal all'art. 3 (regolante

ipotesi di negoziazione c.d. obbligatoria), non si comprende la ragione di tale precisazione, considerando questa forma di negoziazione è esclusa, *expressis verbis*, dal medesimo art. 3, comma 3, per i decreti ingiuntivi e per i relativi giudizi di opposizione!

1.3. (Segue) Profili critici di applicazione dell'istituto: la responsabilità dell'avvocato/negoziatore

Le ultime questioni si pongono, infine, avuto riguardo al ruolo dell'avvocato.

Anzitutto, dalla formulazione dell'art. 2, comma 1, sembra possibile (salva l'ipotesi di la negoziazione assistita in tema di famiglia) trarre la conclusione per cui la procedura di negoziazione può svolgersi con l'assistenza anche di un solo avvocato per tutte le parti coinvolte. Appare, tuttavia, a chi scrive che vi sia una chiara ragione di opportunità che debba portare ad evitare simili ipotesi: oltre ad una normale di parità delle armi tra le parti, occorre anche evitare conflitti di interessi (con le conseguenti ricadute di carattere deontologico e disciplinare che ne derivano. Cfr. l'art. 9, comma 4-*bis*). Ed infatti, se è fatto specifico divieto, per gli avvocati che prestino la loro opera nella procedura di negoziazione, di essere nominati arbitri nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse (cfr. art. 9, comma 1), non è tuttavia precluso agli stessi, nel caso di fallimento della procedura, di assumere la difesa di una delle parti coinvolte: sicché, benché l'art. 9, comma 2, faccia obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute durante la procedura, con l'ulteriore corollario per cui le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto, va da sé che il rischio che la previsione in commento venga vanificata, nel caso di negoziazione condotta da un solo avvocato, è ben più che una mera eventualità.

Il vero problema è tuttavia rappresentato, ad avviso di chi scrive, nelle conseguenze relative ad un accordo di negoziazione nullo.

La negoziazione, infatti, attribuisce al difensore un ruolo oggettivamente nuovo, aprendo, tuttavia, scenari altrettanto inesplorati in tema di responsabilità civile come disciplinare. In particolare, l'art. 23, comma 6, del nuovo codice deontologico forense vieta di "suggerire negozi nulli" mentre, nella specie, si rischia di andare addirittura oltre, "consentendo" la conclusione di negozi nulli, posto che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, "gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico". Orbene, questa attività di certificazione di conformità dell'accordo a norme imperative ed all'ordine pubblico "cala" sul difensore una veste di carattere para-pubblicistico, foriera di inesplorati scenari in tema di nuove (ed inquietanti) forme di responsabilità...

Il comma 4 dell'art. 5, inoltre, prevede che costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Preme infine segnalare che l'accordo sottoscritto dalle parti e dagli avvocati costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (cfr. art. 5, comma 1).

Il legislatore, tuttavia, non si è impegnato, né ha preso posizione, ancora una volta, sulla vecchia diatriba concernente la natura dei provvedimenti (e, nella specie, degli accordi) idonei a valere quale titolo esecutivo: solo quelli, cioè, in cui è previsto un pagamento – azione di condanna – ovvero anche altri quale, ad esempio, quello con cui le parti riconoscono l'esistenza di una servitù?

Valentina Vitulano
Giudice del Tribunale di Torre Annunziata

Il "nuovo" processo esecutivo

Riforma: entrata in vigore

Il d.l. 132/2014, conv. in l. 162/2014, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile intitolato "altre disposizioni a tutela del credito e per la semplificazione ed accelerazione del processo di esecuzione forzata e delle procedure concorsuali" ha apportato ulteriori modifiche in materia di esecuzione forzata.

sommario

Premessa. – **1.** Obbligo di deposito della nota di iscrizione a ruolo copia conforme del titolo esecutivo e precetto. – **2.** Potere del difensore di certificare la conformità all'originale delle copie depositate: ricadute. – **3.** Termine per il deposito e *dies a quo* di decorrenza. – **4.** Art. 164-ter disp. att. c.p.c.: inefficacia del pignoramento dichiarata dal creditore e cancellazione della trascrizione consentita dalla parte. – **5.** Pagamento contributo unificato. – **6.** Riforma e singole forme di pignoramento: art. 492 c.p.c. pignoramento mobiliare presso il debitore. – **7.** Art. 492-bis c.p.c. procedimento di ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare. – **8.** Natura del procedimento di ricerca con modalità telematiche. – **9.** Procedimento. – **10.** Diniego: rimedi. – **11.** Autorizzazione all'accesso. – **12.** Esiti della ricerca e successiva attività dell'Ufficiale Giudiziario. – **13.** Partecipazione del creditore alla ricerca con modalità telematiche. – **14.** Strutture non funzionanti. – **15.** Operatività dell'art. 492-bis c.p.c. – **16.** Pignoramento presso terzi. – **17.** Art. 164-bis disp. att. infruttuosità dell'espropriazione forzata.

Premessa

Le nuove disposizioni, salvo talune eccezioni, si applicano ai procedimenti iniziati a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, ossia l'11 dicembre 2014. Si è posto il problema stabilire quando un processo esecutivo possa ritenersi iniziato l'11 dicembre 2014, ai fini della applicazione delle nuove norme. Il problema, sebbene circoscritto alle procedure esecutive intraprese nell'arco temporale indicato, assume rilievo per verificare se siano rispettose norme, introdotte dalla riforma, che rilevano non solo ai fini dell'efficacia del pignoramento e dei successivi

atti esecutivi ma altresì ai fini della competenza territoriale. Alcuni osservano che il procedimento esecutivo ha inizio quando il pignoramento, ed il vincolo dallo stesso discendete, diviene efficace nei confronti del destinatario, perfezionandosi la relativa notifica con la consegna dell'atto al debitore o al terzo, per cui a tale data dovrebbe attribuirsi rilievo ai fini della applicazione della riforma. Si è, in contrario evidenziato che, in tal modo, si fa dipendere l'applicazione della nuova normativa da un dato incerto, quale la modalità e la celerità degli ufficiali giudiziari nell'eseguire la notifica e/o la maggiore o minore difficoltà incontrate nel concludere il procedimento notificatorio, con il rischio di attribuire rilievo a modifiche normative intervenute successivamente alla redazione, da parte del creditore, dell'atto di pignoramento e della sua consegna all'ufficiale giudiziario per la notifica. Per evitare questo rischio altra preferibile opzione interpretativa, individua nella data di consegna dell'atto di pignoramento all'ufficiale giudiziario per la notifica, il momento che segna il *discrimen* ai fini della applicazione tra nuova e vecchia disciplina. Occorre precisare che tale soluzione è stata accolta al solo fine di individuare un dato certo cui ricollegare l'applicazione delle nuove norme, non coinvolgendo le problematiche e l'elaborazione giurisprudenziale e dottrina in tema di efficacia del pignoramento verso il debitore o il terzo che rilevano al diverso fine di individuare il *dies a quo* di decorrenza del termine per il deposito della istanza di vendita, il sorgere degli obblighi di custodia in capo al debitore e/o al terzo o per stabilire la forma nonché il giudice in cui proporre i rimedi per oppositivi (preventivi o successivi) che il debitore esecutato può attivare.

1. Obbligo di deposito della nota di iscrizione a ruolo copia conforme del titolo esecutivo e precetto

La riforma del 2014 ha uniformato la fase iniziale del processo esecutivo a quello ordinario di cognizione, prevedendo l'obbligo, per il creditore procedente, di depositare, entro termini peraltro perentori, la nota di iscrizione a ruolo per i processi esecutivi di espropriazione forzata, e solo a seguito di detto deposito la cancelleria provvede alla formazione del fascicolo dell'esecuzione.

La finalità perseguita dal legislatore, ricavabile dai lavori preparatori, è stata quella di consentire l'avvio

del processo esecutivo telematico e decongestionare il lavoro delle cancellerie tenute, secondo le previgenti disposizioni, ad iscrivere autonomamente a ruolo un elevatissimo numero di procedura esecutive, sia immobiliari che mobiliari, a seguito della trasmissione, parimenti officiosa, dell'atto o del verbale di pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario, e ciò anche qualora il creditore non fosse più interessato al prosieguo della esecuzione perché, medio tempore, soddisfatto.

L'obiettivo è stato perseguito introducendo l'obbligo, incombente sul creditore, di deposito telematico della nota di iscrizione a ruolo, conseguentemente eliminando il collegamento tra l'attività dell'ufficiale giudiziario e quella della cancelleria del giudice dell'esecuzione che, *ante* riforma, doveva, in via automatica, procedere alla iscrizione a ruolo della procedura esecutiva nonché a formare il fascicolo dell'esecuzione. A seguito della riforma, il pignoramento non è più trasmesso alla cancelleria del giudice dell'esecuzione dall'Ufficiale Giudiziario, ma quest'ultimo, una volta eseguito il pignoramento deve consegnarlo, senza ritardo, al creditore precedente cui spetta l'obbligo di predisporre la nota di iscrizione a ruolo e depositarla presso la cancelleria del giudice competente per l'esecuzione, unitamente alla copia autentica del verbale di pignoramento o dell'atto di pignoramento notificato (a seconda della tipologia di espropriazione intrapresa) del titolo esecutivo e del precetto, ricevuti dall'ufficiale giudiziario che ha eseguito il pignoramento, entro un breve termine (15 gg. per i pignoramenti mobiliari e immobiliari e 30 gg. per quelli presso terzi) decorrente dal ricevimento di detti atti, il cui rispetto è sanzionato con la inefficacia del pignoramento. La cancelleria ora iscrive a ruolo il processo esecutivo e forma il fascicolo dell'esecuzione solo su iniziativa ed impulso del creditore precedente che, ovviamente, vi provvede solo se ancora interessato alla relativa prosecuzione.

Il descritto *iter* è previsto, con piccole varianti agli artt. 518, c. 6, c.p.c. (esecuzione mobiliare presso il debitore), art. 521-*bis*, c. 5, c.p.c. (esecuzione su autoveicoli, motoveicoli e rimorchi), art. 543, c. 2, c.p.c. (esecuzione presso terzi) e art. 557 co. 3 c.p.c. (esecuzione immobiliare).

Il deposito della nota di iscrizione a ruolo deve essere obbligatoriamente eseguito, anche in modalità non telematica, per tutte le procedure iniziate dall'11 dicembre 2014, mentre dal 31 maggio 2015 tale deposito deve essere eseguito solo con modalità telematiche.

In considerazione della formazione telematica del fascicolo dell'esecuzione, per facilitare la conoscenza da parte del debitore del contenuto del verbale di pignoramento mobiliare e consentirgli l'esercizio di facoltà processuali a lui spettanti (ad esempio presentazione di una istanza di riduzione o di conversione del pignoramento) il legislatore è intervenuto sull'art.

518, c. 6, c.p.c. prevedendo che "fino al deposito della istanza di vendita, l'ufficiale giudiziario conserva una copia del pignoramento mobiliare e disposizione dell'esecutato".

2. Potere del difensore di certificare la conformità all'originale delle copie depositate: ricadute

Il legislatore, al solo fine del deposito richiesto dalle norme prima citate, attribuisce al difensore del creditore precedente il potere di attestare la conformità delle copie del titolo esecutivo, del precetto e del pignoramento depositate agli originali che, dunque, restano nel possesso del creditore.

Quest'ultima previsione, dettata per consentire la attuazione del processo telematico, esclude logicamente la necessità oltre che la possibilità che il titolo esecutivo sia depositato in originale, conseguentemente la previsione di cui all'art. 476 c.p.c., che disciplina i casi e le modalità per il rilascio di ulteriori copie in forma esecutiva, è destinata ad avere una applicazione marginale, atteso che l'originale del titolo rimane, ora, nella disponibilità del creditore che è tenuto solo a depositare nel fascicolo cd. telematico una copia conforme dello stesso. Analoghe considerazioni valgono per l'art. 488, c. 2, c.p.c. che prevede la possibilità per il creditore di depositare, in luogo dell'originale del titolo esecutivo, una copia conforme, solo previa autorizzazione del giudice: per le procedura esecutive *post* riforma, il deposito della copia conforme (autenticata dal difensore) sarà la regola e non più l'eccezione, non occorrendo più, a tal fine, la previa autorizzazione del giudice, essendo legislativamente previsto il deposito della sola copia conforme. Non essendo stato abrogato il comma 2 dell'art. 488 c.p.c. che prevede "l'obbligo di presentare l'originale del titolo ad ogni richiesta del G.E." deve ritenersi tutt'ora esistente il potere del giudice di richiedere, qualora ritenuta necessaria, la esibizione dell'originale del titolo *ex* art. 488 c. 2, ad esempio, al momento dell'assegnazione delle somme ricavate dalla vendita o all'esito della conversione del pignoramento o in fase distributiva.

3. Termine per il deposito e *dies a quo* di decorrenza

Il termine per il deposito in cancelleria, assegnato al creditore, della nota di iscrizione a ruolo e della copia degli altri atti (titolo esecutivo, precetto e pignoramento) è di 15 giorni nell'esecuzione mobiliare presso il debitore (art. 518, c. 6, c.p.c.) ed in quello immobiliare (art. 557 c.p.c.) decorrente, rispettivamente, dalla consegna da parte dell'ufficiale giudiziario del processo verbale di pignoramento, del titolo esecutivo e del precetto, e, nel secondo caso, dalla consegna da parte dell'ufficiale giudiziario dell'atto di pignoramento immobiliare notificato. Nella espropriazione mobiliare presso terzi il termine è, invece, di 30 giorni e decorre dalla consegna dell'atto di pignoramento notificato al debitore ed al terzo (art. 543 c.p.c.): tale più lungo ter-

mine è previsto per consentire al creditore di conoscere il contenuto della dichiarazione resa dal terzo pignorato (cui deve provvedere entro 10 giorni dalla notifica del pignoramento) e valutare se procedere o meno alla iscrizione a ruolo della procedura. Rilevante è la prova della consegna del verbale o dell'atto di pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario al creditore, da tale momento decorre infatti il termine perentorio entro il quale deve avvenire il deposito della indicata documentazione: in mancanza di diverse modalità stabilite dal legislatore, tale prova è nella prassi fornita con una attestazione dell'ufficiale giudiziario apposta, di solito, sul retro dell'atto di pignoramento, che indica la data in cui tale consegna è avvenuta, il luogo e la firma del pubblico ufficiale.

L'omesso o il tardivo deposito della documentazione entro i termini previsti dal legislatore agli artt. 518 co. 6, 521-*bis* c. 5, 543 c. 4 e 557 c. 2 c.p.c. comporta l'inefficacia "automatica - *ex lege*" del pignoramento, rilevabile d'ufficio configurando una ipotesi di inattività ai sensi dell'art. 630 c.p.c. Il legislatore della riforma ha, dunque, reso perentorio il termine per il deposito della copia del titolo esecutivo, *ante* riforma ritenuto solo ordinatorio, per cui deve ritenersi superato l'orientamento giurisprudenziale che escludeva che l'omesso o tardivo deposito del titolo esecutivo, comportasse l'inefficacia del pignoramento o l'estinzione del processo, ed ammetteva che il deposito del titolo, omesso in precedenza, potesse essere eseguito, anche nel corso del giudizio di opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c., escludendo in tal caso ovvero la nullità degli atti esecutivi (cfr. Cass., 17 marzo 2009, n. 6426; Cass., 22 marzo 2007, n. 6957; Cass., 17 marzo 2006, n. 5906).

Tra i documenti il cui deposito è previsto a pena di inefficacia del pignoramento il legislatore non include la nota di trascrizione del pignoramento immobiliare da eseguirsi nei pubblici registri immobiliari e la nota di trascrizione del pignoramento di veicoli, che, quindi, possono essere depositate anche oltre gli indicati termini perentori. Si tratta di una previsione condivisibile in quanto i tempi di esecuzione della trascrizione e di restituzione della stessa al creditore o all'ufficiale giudiziario non dipendono dal creditore bensì dal conservatore dei registri immobiliari, che deve materialmente provvedervi, seguendo l'ordine di presentazione degli atti da trascrivere.

4. Art. 164-*ter* disp. att. c.p.c.: inefficacia del pignoramento dichiarata dal creditore e cancellazione della trascrizione consentita dalla parte

In caso di inefficacia del pignoramento per mancato deposito della nota di iscrizione a ruolo, entro i termini stabiliti dai ripetuti articoli per la forma di pignoramento eseguito, il legislatore al comma 1 dell'art. 164-*ter* disp. att. c.p.c. prevede che il creditore

entro 5 giorni dalla scadenza del termine prescritto per il deposito della nota di iscrizione a ruolo, comunica con atto notificato al debitore ed all'eventuale terzo l'intervenuta inefficacia del pignoramento.

Tale norma, applicabile ai procedimenti esecutivi iniziati dall'11 dicembre 2014, ha la funzione di ridurre la mole di istanze da rivolgere al giudice per ottenere la mera declaratoria di inefficacia del pignoramento ovvero l'ordine di cancellazione della trascrizione del pignoramento immobiliare nonché per comunicare, celermente, al debitore e/o al terzo la cessazione degli obblighi di custodia e, nel caso di pignoramento presso terzi, il venir meno del vincolo sul bene o sul credito vantato verso il terzo *debitor debitoris*, per l'intervenuta inefficacia del pignoramento. Qualora il deposito di detta nota di iscrizione a ruolo sia del tutto omesso, la prescritta comunicazione da parte del creditore, rappresenta l'unico modo per rendere edotto il debitore o il terzo del venir meno degli obblighi discendenti dal vincolo del pignoramento. Invero, come accade per il giudizio di cognizione (v. artt. 168 e 168-*bis* c.p.c.), ora anche nei processi esecutivi per espropriazione, il cancelliere iscrive la procedura esecutiva nel ruolo e forma il fascicolo dell'esecuzione, a differenza di quanto accadeva in passato, solo a seguito del deposito, da parte del creditore, della nota di iscrizione a ruolo, qualora ciò non avvenga, non formandosi un fascicolo dell'esecuzione neppure viene designato il giudice cui eventualmente rivolgere l'istanza. Diverso è il discorso per il tardivo deposito della nota di iscrizione a ruolo, in tal caso, la cancelleria deve comunque provvedere alla iscrizione a ruolo della procedura esecutiva ed alla formazione del relativo fascicolo, per cui, qualora il creditore non esegua sua sponte la dichiarazione indicata dalla citata norma, l'inefficacia del pignoramento potrà essere rilevata d'ufficio o previa istanza di parte, dal giudice dell'esecuzione designato.

Il secondo comma dell'art. 164-*ter* disp. att. c.p.c. introduce una modalità alternativa, rispetto al provvedimento del giudice, per ottenere la cancellazione della trascrizione del pignoramento, evidentemente immobiliare o su autoveicoli e motoveicoli. Quale alternativa al provvedimento giudiziale, la norma prevede la possibilità di ottenere la cancellazione della trascrizione del pignoramento in base ad una dichiarazione del creditore resa nelle "forme richieste dalla legge" che il pignoramento è divenuto inefficace per il mancato deposito, nei termini, della nota di iscrizione a ruolo. Non è chiaro se sia a tal fine sufficiente la presentazione al conservatore dei registri immobiliari o del pubblico registro automobilistico della comunicazione di inefficacia del pignoramento, prevista dal primo comma della norma, qualora notificata dal creditore precedente al debitore e/o al terzo. L'espressa previsione normativa della possibilità di richiedere ed ottenere la cancellazione della trascrizione del pignoramento indipendentemente da un ordine impartito dal giudice,

pur in presenza di norme che disciplinano, nel codice civile la cancellazione della trascrizione su consenso della parti, è stata resa necessaria in considerazione della ritenuta eccezionalità delle norme in tema di trascrizione. La giurisprudenza ha invero escluso l'applicabilità al pignoramento immobiliare della cancellazione "consentita dalle parti" prevista dall'art. 2886 cod. civ., concludendo nel senso che "per conseguire l'effetto della cancellazione della trascrizione del pignoramento immobiliare, nel sistema vigente, gli elementi alternativamente richiesti sono due soltanto: a) l'annotazione della sentenza che riconosca al terzo di essere proprietario del bene esecutato da data anteriore alla trascrizione del pignoramento; b) l'annotazione dell'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione dispone la cancellazione della stessa trascrizione ai sensi del comma 1 dell'art. 562 c.p.c."¹. Anche la dottrina ha escluso l'applicabilità dell'art. 2668 c.c. al di fuori delle ipotesi ivi tassativamente previste, traendo una conferma di tale conclusione proprio dall'art. 562 c.p.c., precipuamente riferito alla cancellazione della trascrizione del pignoramento immobiliare divenuto inefficace, che, si osserva, "non avrebbe senso se la possibilità di dare corso a tale pubblicità negativa fosse già desumibile dai principi generali"². Di qui la necessità di una norma *ad hoc*, qual è quella citata, che ora consente, anche per il pignoramento immobiliare, la possibilità di ottenere la cancellazione della relativa trascrizione con una dichiarazione di parte, indipendentemente da un ordine impartito con un provvedimento giudiziale.

5. Pagamento contributo unificato

La introduzione dell'obbligatorio deposito della nota di iscrizione a ruolo dei processi esecutivi per espropriazione forzata, quale atto di impulso necessario, ha posto il quesito sul se unitamente al deposito della nota di iscrizione a ruolo il creditore procedente sia anche tenuto al pagamento del contributo unificato. Il dubbio è stato definitivamente risolto nel senso che il contributo unificato debba essere assolto, come già avveniva *ante* riforma, al momento del deposito della istanza di vendita o di assegnazione da parte del creditore procedente. In quanto la riforma del 2014 non ha apportato alcuna modifica al comma 1 dell'art. 14 del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 (T.U. sulle Spese di Giustizia) che individua la parte tenuta al relativo pagamento, nei processi esecutivi di espropriazione forzata, in quella che fa l'istanza di vendita o di assegnazione dei beni pignorati. Il pagamento del contributo unificato, dunque, continua ad essere subordinato al deposito della istanza di vendita o di assegnazione.

6. Riforma e singole forme di pignoramento: art. 492 c.p.c. pignoramento mobiliare presso il debitore

Il legislatore della riforma ha abrogato il co. 7 dell'art. 492 c.p.c. e modificato il comma 8 di questo articolo al fine di coordinarlo con le innovazioni introdotte in tema di ricerca, con modalità telematiche, dei beni da pignorare. L'abrogato comma 7 dell'art. 492 c.p.c. prevedeva che solo in caso di esito negativo del pignoramento, perché totalmente infruttuoso o insufficiente a soddisfare le ragioni del creditore, l'ufficiale giudiziario, su istanza del creditore procedente, potesse rivolgersi ai soggetti gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche per la ricerca, nel patrimonio del debitore, cose e crediti da sottoporre ad esecuzione. Con l'abrogazione del citato comma 7 il legislatore ha escluso che la ricerca nelle banche dati (ora espressamente e minuziosamente disciplinata all'art. 492-*bis* c.p.c.), volta ad acquisire informazioni rilevanti ai fini della esecuzione, sia subordinata al presupposto negativo della preventiva esecuzione di un pignoramento rivelatosi infruttuoso o insufficiente.

L'abrogazione del comma 7 dell'art. 492 c.p.c. ha comportato l'eliminazione, nel comma 8, dell'inciso "negli stessi casi di cui al settimo comma", per cui, anche l'accertamento contabile a mezzo ausiliari, previsto dal comma 8 dell'art. 492 c.p.c., quale modalità di ricerca di beni pignorabili nel patrimonio del debitore che sia imprenditore commerciale, non è più subordinato al previo pignoramento negativo o insufficiente.

Il comma 8 dell'art. 492 c.p.c., tuttavia, anche la nuova formulazione, prevede, che la richiesta di accertamento contabile, provenga dal creditore procedente. Il riferimento, contenuto in detto comma, al creditore procedente, ha fatto sorgere dubbi circa la portata applicativa della norma: ci si è chiesti se per la ricerca, a mezzo accertamento contabile, prevista dal comma 8 del citato articolo sia necessario che un processo esecutivo sia già pendente o meno. Secondo una prima tesi: il richiamo al procedente, quale soggetto legittimato alla istanza, presuppone che una esecuzione, in una delle varie forme, sia già iniziata, mentre non sarebbe necessaria una ulteriore attività, né attendere l'esito della intrapresa esecuzione. Per altra tesi la ricerca contabile di cui al comma 8 dell'art. 492 c.p.c., è antecedente alla esecuzione e funzionale alla stessa, in quanto finalizzata ad individuare cose e crediti del debitore pignorabili. Si osserva che, qualora si richiedesse, ai fini della ricerca, la previa pendenza di una esecuzione, si rischierebbe di subordinare nuovamente l'accertamento *ex* art. 492 co. 8 al previo tentativo di pignoramento, che il legislatore ha invece escluso. Per cui il riferimento al creditore procedente, in tal prospettiva, deve inteso come creditore che intenda procedere alla esecuzione, per cui legittimato alla richiesta di accertamento contabile, sarebbe il creditore munito di un

¹ V. Cass. civ., 22 maggio 1993, n. 5796.

² Cfr. R. TRIOLA, *La Trascrizione*, Trattato Bessone, p. 360.

titolo idoneo ad essere posto in esecuzione, senza la necessità che una esecuzione abbia avuto inizio³.

7. Art. 492-bis c.p.c. procedimento di ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare

A fronte dell'abrogazione del comma 7 dell'art. 492 c.p.c., il legislatore ha introdotto l'art. 492-bis c.p.c. rubricato "ricerca, con modalità telematiche, dei beni da pignorare". Tale norma è volta a rendere più efficace e fruttuoso il processo esecutivo, con la possibilità per il creditore, previamente autorizzato al Presidente di Tribunale del luogo di residenza, domicilio o dimora del debitore, di avvalersi di tutte le banche dati pubbliche per la ricerca i beni utilmente aggregabili nel patrimonio del debitore.

L'accesso diretto alle banche dati spetta all'Ufficiale Giudiziario, la cui attività di ricerca è dal legislatore incentivata con la previsione di un compenso aggiuntivo determinato in misura percentuale sul valore dei beni rivenuti.

8. Natura del procedimento di ricerca con modalità telematiche

È discusso se il procedimento disciplinato all'art. 492-bis c.p.c. rappresenti una nuova forma di pignoramento, che inizia con l'istanza presentata al presidente del tribunale, oppure un procedimento prodromico alla esecuzione forzata che inizierà solo se e quando, attenuata l'autorizzazione presidenziale, il creditore rivolga all'ufficiale giudiziario una autonoma e successiva richiesta di ricerca *rectius* pignoramento.

L'adesione all'una piuttosto che all'altra tesi rileva al fine di individuare i presupposti della istanza e l'oggetto della verifica che il Presidente del Tribunale deve eseguire ai fini del rilascio dell'autorizzazione.

Secondo una prima tesi l'art. 492-bis c.p.c. ha introdotto una nuova forma di pignoramento a formazione progressiva che ha inizio con l'istanza rivolta al Presidente del Tribunale, del luogo di residenza, domicilio o dimora del debitore, per ottenere l'autorizzazione alla ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare. Tale forma di pignoramento si perfeziona, poi, con l'assoggettamento al relativo vincolo dei beni o dei crediti individuati da parte dell'ufficiale giudiziario. Seguendo tale impostazione, l'istanza rivolta al Presidente del tribunale – siccome rappresenta il primo segmento di un pignoramento a formazione progressiva –, deve essere preceduto dalla notifica al debitore del titolo e del precetto ed il relativo deposito deve avvenire entro il termine di 90 giorni previsto dall'art. 481 c.p.c. a pena di inefficacia del precetto. L'oggetto del controllo spettante al Presidente del Tribunale ai sensi del comma 1 dell'art. 492-bis c.p.c.,

riguarda, in tale prospettiva, sia l'esistenza in capo al creditore istante di un titolo esecutivo che l'avvenuta notifica del titolo e del precetto. A sostegno di tale tesi si richiama, tra l'altro, il dato letterale della norma che qualifica il richiedente come creditore "precedente" ciò che presuppone l'avvio di una l'esecuzione forzata⁴.

Per altra tesi, l'art. 492-bis c.p.c., prevede un procedimento giurisdizionale ma preliminare e strumentale alla procedura esecutiva, in quanto finalizzato a consentire una efficace ed efficiente esecuzione sui beni o crediti individuati con la ricerca. Tale procedimento inizia con l'istanza di autorizzazione rivolta al Presidente del Tribunale e si conclude con il relativo accoglimento o rigetto. Se l'autorizzazione è concessa, il creditore provvede a notificare il titolo esecutivo ed il precetto al debitore, ed inoltra all'ufficiale giudiziario la richiesta di procedere alla ricerca con modalità telematiche nelle banche dati, tale richiesta equivale ad una richiesta di pignoramento che si perfeziona con l'apposizione del relativo vincolo sui beni in tal modo individuati. In tal modo inteso, la presentazione della istanza *ex art. 492-bis c.p.c.* non richiede la previa notifica del titolo esecutivo e del precetto al debitore, ed il controllo che il Presidente del Tribunale deve eseguire riguarda unicamente l'esistenza, in capo al creditore richiedente, di titolo azionabile esecutivamente. A sostegno di tale seconda opzione interpretativa tesi si ripropongono le medesime argomentazioni già illustrate per il procedimento previsto dal comma 8 dell'art. 492 c.p.c., secondo cui il dato letterale, pure contenuto in tale norma, al "creditore precedente" è da intendersi, come riferito al "creditore in procinto di procedere" e non come "creditore che ha già proceduto"⁵.

La Cassazione sembra aver accolto la seconda delle tesi sopra riportate, in una recentissima pronuncia ove, sebbene in un obiter, riferisce gli artt. 492 co. 4 e ss, 492-bis c.p.c., gli artt. 155-ter ss disp. att. c.p.c., introdotti dalla riforma, ad una "fase di individuazione dell'oggetto di future espropriazioni"⁶.

9. Procedimento

L'istanza *ex art. 492-bis c.p.c.* di autorizzazione alla ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare, ha la forma di un ricorso da presentarsi al Presidente del Tribunale del luogo il cui il debitore ha la residenza, domicilio, dimora o sede. Dal comma 1 dell'art. 492-bis c.p.c. si ricava che è necessaria l'assistenza di un difensore, di cui deve essere indicato l'indirizzo di posta elettronica ordinaria ed il numero di fax, nonché, ai fini dell'art. 547 c.p.c., l'indirizzo di posta elettronica certificata. Il creditore, contestual-

³ Cfr. F. DE STEFANO, *Gli interventi in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 132/2014*, in *Riv. esecuz. forzata*, 2014, 787 e G. FANTICINI - F. GHIACCI, *L'esecuzione civile. Formulario commentato*, Torino, 2014, p. 131.

⁴ A.M. SOLDI, *Formulario dell'esecuzione forzata*, Padova, 2014, p. 249.

⁵ G. FANTICINI - F. GHIACCI, *L'esecuzione civile. Formulario commentato*, Torino, 2014, p. 284.

⁶ Cass. civ., 3 aprile 2015, n. 6833.

mente alla richiesta, è tenuto al pagamento di un contributo unificato pari ad euro 43,00⁷.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 492-*bis* c.p.c. il Presidente del Tribunale deve verificare l'esistenza, in capo all'istante, del diritto a procedere ad esecuzione forzata; l'oggetto della verifica sarà più o meno ampio a seconda della tesi cui si aderisce. Non essendo previsto alcun contraddittorio, il provvedimento autorizzativo o di diniego reso dal Presidente del Tribunale o dal giudice da lui delegato, avrà necessariamente la forma del decreto.

10. Diniego: rimedi

Il legislatore non prevede quale sia il rimedio azionabile dal richiedente avverso il provvedimento di diniego reso dal Presidente del Tribunale. In dottrina si ipotizza che il diniego possa essere impugnato con il ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111 della Costituzione, trattandosi di provvedimento che indice sul diritto del creditore ad agire in via esecutiva. Peraltro, aderendo alla tesi del procedimento esecutivo unitario e risolvendosi il diniego in un atto già esecutivo, dovrebbe ammettersi l'esperibilità del rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c., con l'anomalia, in tal caso rappresentata dalla circostanza che, il provvedimento non è reso dal giudice dell'esecuzione. La tesi che qualifica l'istanza al Presidente del Tribunale come introduttiva di un provvedimento giurisdizionale preliminare a quello esecutivo, sostiene che, trattandosi di decreto reso, all'esito di un procedimento camerale, in confronto ad una sola parte, sarebbe reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c. Potrebbe altresì sostenersi che la pronuncia di rigetto abbia un contenuto meramente processuale, inidoneo ad acquistare autorità di giudicato e, dunque, non ostativo ad una successiva riproposizione della richiesta, analogamente a quanto accade ai sensi dell'art. 640 c.p.c. per il rigetto della richiesta monitoria.

11. Autorizzazione all'accesso

Con il decreto autorizzativo il Presidente del Tribunale dispone che l'ufficiale giudiziario acceda, mediante collegamento telematico, alle banche dati elencate nel comma 2 dell'art. 492-*bis* c.p.c. tra cui rientra l'archivio dei rapporti finanziari secondo la definizione fornita dall'art. 155-*bis* disp. att. c.p.c. Deve ritenersi, che sia onere oltre che interesse del creditore comunicare l'autorizzazione all'ufficiale giudiziario in uno alla richiesta di eseguire le ricerche. Entro i successivi 15 giorni, l'ufficiale giudiziario deve dare inizio alle ricerche, con modalità telematiche, nelle banche dati oggetto di autorizzazione. Il termine di 15 giorni è solo ordinario, tuttavia la sua inosservanza incide sul compenso aggiuntivo spettante all'ufficiale giudiziario.

12. Esiti della ricerca e successiva attività dell'Ufficiale Giudiziario

Ai sensi dell'art. 492-*bis* c. 3, terminate le operazioni di ricerca, l'ufficiale giudiziario redige un processo verbale, nel quale indica le banche dati interrogate ed i relativi risultati.

In caso di esito fruttuoso della ricerca, l'ufficiale giudiziario procede al pignoramento secondo le forme richieste dalla tipologia di bene rinvenuto e qualora abbia rinvenuto più beni del debitore, invita il creditore ad eseguire una scelta.

Gli esiti della ricerca, possono essere in tal modo sintetizzati:

1) se la consultazione delle banche dati ha consentito di individuare una cosa mobile del debitore che si trova in luoghi a lui appartenenti e compresi nel territorio di competenza dell'ufficiale giudiziario: quest'ultimo procede d'ufficio al pignoramento mobiliare presso il debitore, eseguendo le operazioni e gli adempimenti disciplinati dagli artt. 517, 518 e 520 c.p.c. Compiute tali operazioni, ai sensi del novellato comma 6 art. 518 c.p.c., l'ufficiale giudiziario consegna il verbale di pignoramento al creditore che, entro 15 giorni dalla consegna, deve procedere al deposito, in cancelleria, della nota di iscrizione a ruolo unitamente alla copia conforme del titolo esecutivo, del precetto e del pignoramento, a pena di inefficacia dello stesso;

2) se la cosa mobile rinvenuta con la ricerca non si trova in un luoghi rientranti nel territorio di competenza dell'ufficiale giudiziario: questi rilascia copia del verbale contenente l'esito delle ricerche al creditore che, entro 15 giorni dalla consegna, deve presentare la richiesta di procedere alle operazioni di cui agli artt. 517, 518 e 520 c.p.c. (di pignoramento mobiliare) all'ufficiale territorialmente competente. Qualora il termine di 15 giorni non venga rispettato il pignoramento diventa inefficace;

3) se dalla ricerca nelle banche dati risulta un beni mobile poi non rinvenuto dall'ufficiale giudiziario: questi intima al debitore di indicare entro 15 gg. il luogo in cui si trova, avvertendolo che l'omessa o falsa comunicazioni integra il reato di cui all'art. 388 c.p. Deve ritenersi che l'ufficiale giudiziario debba procedere in tal modo anche se la ricerca nelle banche dati abbia avuto esito negativo;

4) se la ricerca ha consentito di individuare cose del debitore nella disponibilità di terzi o crediti vantati dal debitore verso terzi e, dunque, occorre procedere nelle forme del pignoramento presso terzi (comma 5 art. 492-*bis* c.p.c.): l'ufficiale giudiziario d'ufficio notifica, – possibilmente tramite posta elettronica certificata o telefax –, al debitore ed al terzo, ma solo per estratto, il verbale contenente l'esito delle ricerche di cui all'art. 492-*bis* c.p.c., integrato dalle ulteriori prescrizioni richieste dall'art. 492 c.p.c., ossia – il credito per cui si procede, – il titolo esecutivo e del precetto, – l'indiriz-

⁷ Cfr. l'art. 13-*quinquies* e 14, c. 1-*bis* del d.P.R. 115/12.

zo di posta elettronica del difensore del creditore, – il luogo in cui il creditore ha eletto domicilio, – l’ingiunzione, l’invito e l’avvertimento prescritti dall’art. 492 c. 1, 2 e 3 c.p.c., – l’intimazione al terzo di non disporre delle cose o delle somme dovute al debitore, senza ordine del giudice, nei limiti dell’importo precettato aumentato delle metà. In tal modo imprimendo il vincolo di indisponibilità.

Successivamente a tali attività, giusto il rinvio operato dal comma 5 dell’art. 543 c.p.c. all’art. 492-*bis* c.p.c., l’ufficiale giudiziario consegna, senza ritardo, al creditore il verbale notificato, il titolo esecutivo ed il precetto. Entro 30 giorni da tale consegna, il creditore deve depositare in cancelleria la nota di iscrizione a ruolo, copia conforme del titolo esecutivo e del precetto ed il verbale notificato, a pena di inefficacia del pignoramento. A seguito del deposito, da parte del creditore, della istanza di vendita delle cose mobili o di assegnazione del crediti, il giudice dell’esecuzione fissa l’udienza per l’audizione del creditore e del debitore. Tale decreto di fissazione di udienza deve essere notificato a cura del creditore, al debitore ed al terzo, e “deve contenere l’invito e l’avvertimento al terzo di cui al n. 4 del comma 2 dell’art. 543 c.p.c.”, il procedimento prosegue, poi, secondo le forme della espropriazione presso terzi. In tal caso, siccome il procedimento si sviluppa secondo le forme del pignoramento presso terzi, non si pone un problema di competenza territoriale dell’ufficiale giudiziario, in quanto, ai sensi del comma 2 dell’art. 26-*bis* c.p.c. la competenza spetta in ogni caso al giudice del luogo di residenza, domicilio o dimora del debitore, salvo che si tratti di una pubblica amministrazione;

5) quanto, infine, la ricerca telematica ha fatto emergere l’esistenza di più crediti del debitore verso terzi o più cose mobili nella disponibilità di terzi o del debitore, la scelta circa l’individuazione dei beni da pignorare è rimessa al creditore: ai sensi dell’art. 155-*ter* comma 2 disp. att. c.p.c. l’ufficiale giudiziario, comunica, a mezzo posta elettronica anche non certificata o telefax, l’esito della ricerca al creditore, che entro 10 giorni dal ricevimento della comunicazione, deve eseguire la scelta dei beni o crediti da sottoporre ad esecuzione e comunicarla all’ufficiale giudiziario che, quindi, procede al pignoramento nella forme richieste dalla tipologia di bene scelto dal creditore. In caso di inerzia del creditore la richiesta di pignoramento perde efficacia.

Se dalle ricerche risultano beni immobili o autoveicoli e motoveicoli, si ritiene che l’*iter* procedimentale si arresti con il processo verbale dell’ufficiale giudiziario, in quanto l’art. 492-*bis* c.p.c. è riferito solo ai beni mobili e crediti e nulla prevede circa il prosieguo della procedura rispetto a tali beni.

13. Partecipazione del creditore alla ricerca con modalità telematiche

L’art. 155-*ter* disp. att. c.p.c. al comma 1 prevede che il creditore possa chiedere di partecipare alle ricerche telematiche per individuare i beni da pignorare. La norma a tal fine rinvia all’art. 165 disp. att. c.p.c. che disciplina le modalità di partecipazione del creditore al pignoramento mobiliare: è dunque necessaria una richiesta del creditore, in presenza della quale all’ufficiale giudiziario deve comunicare l’inizio delle operazioni di ricerca con un preavviso di 3 giorni. La norma prevede che le operazioni di ricerca devono avere essere eseguite entro 15 giorni, si tratta di un termine ordinatorio, che, tuttavia, rileva ai fini della riduzione del compenso spettante all’ufficiale giudiziario.

14. Strutture non funzionanti

Ai sensi dell’art. 155-*quinquies* disp. att. c.p.c.: se le strutture tecnologiche, necessarie a consentire l’accesso diretto da parte dell’ufficiale giudiziario alle banche dati di cui all’art. 492-*bis* c.p.c. e quelle individuate ai sensi dell’art. 155-*quater*, non sono funzionanti, il creditore procedente può chiedere al Presidente del Tribunale l’autorizzazione ad ottenere dai gestori delle banche dati previste dall’art. 492-*bis* c.p.c. e dall’art. 155-*quater* le informazioni nelle stesse contenute. Il legislatore, tuttavia, non ha previsto i termini entro i quali i gestori debbano fornire i risultati della ricerca al creditore istante, per cui sebbene in alcuni Tribunali sia stata concessa l’autorizzazione di cui all’art. 155-*quinquies* disp. att. c.p.c., questa, per quanto è dato sapere, si è risolta in un nulla di fatto.

15. Operatività dell’art. 492-*bis* c.p.c.

L’art. 155-*quater* disp. att. c.p.c. rubricato “modalità di accesso alle banche dati” prevede che con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell’interno e dell’economia e delle finanze e sentito il Garante per la protezione dei dati personali, sono individuati “i casi, i limiti e le modalità” della facoltà di accesso alle banche dati previste dall’art. 492-*bis* c.p.c. nonché “le modalità di trattamento e conservazione dei dati e cautele a tutela della riservatezza dei debitori”. Tale norma sembra ricollegare l’operatività della procedura di ricerca telematica alla adozione del decreto ministeriale con il quale saranno definite le tutele e le modalità di esercizio della nuova forma di ricerca. La mancata adozione, ad oggi, del menzionato decreto ministeriale ha fatto sorgere non pochi dubbi circa l’attuale operatività della norma. Alcuni ritengono che sia la ricerca di cui all’art. 492-*bis* c.p.c. da parte dell’ufficiale giudiziario che l’autorizzazione al creditore all’accesso è subordinata alla adozione del menzionato decreto ministeriale, in quanto deputato ad individuare i “casi, limiti e modalità” di esercizio della facoltà di accesso alle banche dati di cui al primo comma dell’art. 492-*bis* c.p.c. e le modalità di tratta-

mento e conservazione dei dati rinvenuti, a tutela della riservatezza, per cui in mancanza della regolamentazione secondaria non sarebbe possibile autorizzare alcuna forma di accesso.

Altri interpreti, ed alcuni Tribunali, hanno inteso la parola “non funzionanti” di cui all’art. 155-*quinquies* disp. att. c.p.c., anche nel senso di mancato funzionamento dovuto alla mancata adozione del provvedimento ministeriale previsto dall’art. 155-*quater* disp. att. c.p.c., ritenendo dunque che, fino alla adozione del decreto ministeriale, è possibile autorizzare il creditore procedente all’accesso alle banche dati. Alcuni Tribunali hanno peraltro già concesso l’autorizzazione ai sensi dell’art. 155-*quinquies* disp. att. c.p.c. al creditore di chiedere ai gestori delle banche dati le informazioni patrimoniali rilevanti all’esecuzione, ritenendo che la norma non prevede, per tale tipologia di accesso, nessun decreto attuativo.

16. Pignoramento presso terzi

La riforma ha previsto, senza alcuna eccezione dovuta alla natura del credito, la facoltà per il terzo di rendere la dichiarazione di quantità a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata, escludendo conseguentemente la necessità per il *debitor debitoris* di comparire a tal fine in udienza. Ciò si ricava dalla modifica dell’art. 547 c.p.c. che, quanto alle ai modi per rendere la dichiarazione, non contiene più alcun riferimento a quella resa in udienza e generalizza la dichiarazione inviata a mezzo raccomandata o trasmessa a mezzo posta elettronica certificata, ora non più limitata ai casi previsti.

Alla generale facoltà concessa al terzo di non comparire in udienza per rendere la dichiarazione, si ricollega la rivisitazione del criterio di competenza territoriale per i procedimenti di espropriazione forzata di crediti e le modifiche apportate al contenuto dell’atto di pignoramento.

Quanto alla competenza territoriale per il pignoramento di crediti, la riforma abroga il comma 2 dell’art. 26 c.p.c. fissata la competenza del giudice del luogo di residenza del terzo ed introduce l’art. 26-*bis* c.p.c. la radica, invece, presso il Tribunale del luogo di residenza, domicilio o la dimora del debitore. Tale modifica consente la concentrazione presso un unico foro dei procedimenti di espropriazione di crediti intrapresi contro lo stesso debitore, facilitando il ricorso all’istituto della riduzione del pignoramento e l’esercizio delle facoltà difensive del debitore, escludendo la necessità di proporre diverse opposizioni per quanti sono i processi esecutivi per se occasionati da una medesima ragione di credito. Tuttavia, se il debitore è una pubblica amministrazione, la competenza, come accadeva ante novella, permane in capo al giudice del luogo di residenza, domicilio o dimora del terzo. Come emerge dai lavori preparatori quest’ultima previsione si spiega con l’esigenza di evitare che

solo i Tribunali di alcune grandi città, siccome sedi di PPAA., siano gravati da un numero eccessivo di procedimenti esecutivi.

È discusso se la nuova norma sulla competenza territoriale, atteso l’esplicito riferimento legislativo ai soli crediti, sia applicabile anche alla espropriazione di cose del debitore in possesso di terzi. In dottrina si è osservato che l’accostamento operato dall’art. 543 comma 1 c.p.c. del pignoramento di crediti del debitore verso terzi a quello di cose del debitore in possesso di terzi, quanto alla forma dell’atto e del procedimento dovrebbe comportare analogia assimilazione anche per la competenza territoriale.

Dalle modifiche normative sopra indicate è conseguita, coerentemente, quella del contenuto dell’atto di pignoramento: il n. 4 del secondo comma dell’art. 543 c.p.c. che non prevede più che l’atto debba contenere “la citazione del terzo e del debitore a comparire davanti al giudice del luogo di residenza del terzo”, rappresentando la comparizione in udienza, solo una facoltà e non un obbligo per il terzo. Secondo la nuova formulazione, permane la citazione rivolta al solo debitore a comparire davanti al “giudice competente” (individuato secondo l’art. 26-*bis* c.p.c.), mentre al terzo è rivolto solo “l’invito” a comunicare la dichiarazione *ex art.* 547 c.p.c. al creditore, entro il termine di dieci giorni, con raccomandata o pec.

Per fugare i dubbi di costituzionalità prospettati, sia pur solo in dottrina, circa le gravi conseguenze che l’art. 548 c.p.c., come novellato nel 2012, riconnette alla inerzia del terzo debitore, la riforma ha previsto che l’atto di pignoramento debba contenere altresì l’avvertimento al terzo delle conseguenze della sua inerzia, ossia che in caso di mancata comunicazione della dichiarazione, o di mancata comparizione in udienza o se comparendo in udienza non rende la dichiarazione, il credito pignorato o il possesso di cose del debitore, nell’ammontare e nei termini indicati dal creditore, si considerano non contestati ai fini del procedimento in corso e dell’esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione.

La riforma del 2014 dunque previsto che l’atto di pignoramento presso terzi, se intrapreso a partire dall’11 dicembre 2014, debba contenere un avvertimento, rivolto al terzo, simile a quello prescritto dall’art. 660 c.p.c. nell’intimazione di licenza o di sfratto, atteso il parallelismo tra la mancata comunicazione o contestazione del credito pignorato nella espropriazione presso terzi e la mancata comparizione dell’intimato nel procedimento di cui all’art. 657 e ss. c.p.c., in termini di riconoscimento implicito o presunto, analogamente quanto previsto per l’intimato all’art. 663 c.p.c.⁸

⁸ G. TOTA, *Note sull’art. 548, c. 2, c.p.c. (dopo il d.l. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Riv. esecuz. forzata*, 2014, p. 741.

Occorre ricordare che l'art. 548 c.p.c. previgente prevedeva che in caso di mancata dichiarazione o di dichiarazione contestata, il G.E. doveva istruire un ordinario giudizio di cognizione ex art. 549 c.p.c. volto all'accertamento dell'obbligo del terzo.

Anche nel pignoramento presso terzi, come per gli altri procedimenti di espropriazione, il creditore è onerato, a pena di inefficacia del pignoramento, ad iscrivere a ruolo la procedura esecutiva ed a depositare detta nota, accompagnata da copie conformi dell'atto di citazione, del titolo esecutivo e del precetto, presso la cancelleria del giudice competente, entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla consegna dell'atto notificato da parte dell'ufficiale giudiziario. Come osservato il più lungo termine previsto dall'art. 543 c.p.c. per il deposito della nota di iscrizione a ruolo è previsto per consentire al creditore di conoscere il contenuto della dichiarazione, che di regola deve essere trasmessa dal terzo entro dieci giorni dal ricevimento del pignoramento, al fine di valutare l'opportunità di proseguire l'esecuzione.

17. Art. 164-bis disp. att. infruttuosità dell'espropriazione forzata

Recepando le cd. prassi virtuose di alcuni uffici giudiziari, il legislatore all'art. 164-bis disp. att. c.p.c. codifica la (finora discussa) chiusura anticipata della procedura esecutiva per infruttuosità, allorquando risulti che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo.

La relativa valutazione è demandata al prudente apprezzamento del giudice dell'esecuzione, cui il legislatore (come emerge dai lavori preparatori) conferisce il compito di impedire che proseguano procedimenti di esecuzione forzata pregiudizievoli per il debitore e manifestamente inidonei a soddisfare gli interessi dei creditori, in quanto forieri di costi superiori al possibile realizzo dei cespiti pignorati.

L'ordinanza di chiusura anticipata per infruttuosità sarà impugnabile nelle forme dell'opposizione agli atti esecutivi e non in quella del reclamo avverso l'ordinanza di estinzione.

La norma è di immediata applicazione, per cui si applica anche alle procedure già pendenti alla data di entrata in vigore della normativa di riforma.

La modifica dell'art. 2103 del codice civile

La nuova disposizione dell'art. 2103 c.c., di cui allo schema del decreto legislativo del 20.2.2015 sulla disciplina delle mansioni, presenta alcune evidenti criticità rispetto alla legge delega n. 183/2014 e significative differenze in relazione alla normativa vigente che daranno luogo sicuramente a spunti di riflessione e a dubbi di compatibilità dell'appena elaborato regime con l'attuale sistema.

In attuazione di quanto statuito alla lettera e) del punto 7 dell'art. 1 della legge 10 Dicembre 2014, avente ad oggetto "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro", l'art. 55 dello schema di decreto legislativo, recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, ha rimodulato l'art. 2103 del codice civile, così come era stato modificato dall'entrata in vigore dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori.

La nuova formulazione della disposizione codicistica prevede, però, alcune criticità rispetto a quanto previsto nella citata legge delega ed alcune differenze concettuali e sostanziali in relazione alla precedente disciplina: aspetti che si andranno brevemente ad analizzare.

La legge delega n. 183/2014 stabiliva due possibilità di *ius variandi*: una di tipo unilaterale, sottoposta a particolari limiti e presupposti; l'altra di natura contrattuale, da svolgersi a livello nazionale o aziendale.

Il legislatore delegato, però, muovendosi su queste direttive, ha tuttavia ridisciplinato in modo più ampio l'intera materia.

Infatti, relativamente alla possibilità di uno *ius variandi* unilaterale, ha esteso senza dubbio l'ambito applicativo di tale facoltà.

Nella legge delega, la revisione della disciplina delle mansioni, da parte datoriale, era consentita nel caso di processi di "riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale" individuati sulla base di parametri oggettivi.

Si trattava di fattispecie ben individuate, che avevano riguardo al funzionamento organizzativo dell'azienda, e finalizzate a particolari scopi: realizzazione

degli obiettivi di piano industriale secondo una strategia ben definita; adempimento degli obblighi verso i creditori al fine di rendere l'impresa nuovamente operativa; possibilità di fronteggiare nuove esigenze di mercato o di produrre beni o servizi differenti da quelli prodotti o erogati per inserirsi in settori di domanda più elevata.

Il legislatore delegante, quindi, aveva sì consentito la possibilità di rivedere le mansioni attribuite al lavoratore ma non solo aveva indicato chiaramente le ipotesi di applicazione, bensì aveva sottolineato anche la necessità che le stesse fossero individuate sulla base di parametri oggettivi.

Ciò proprio per evitare il ricorso all'uso nominalistico di fenomeni che, nella loro effettiva sostanza economico-commerciale, non fossero ad esse riconducibili.

Il decreto delegato, invece, ha previsto la possibilità di assegnazione a mansioni inferiori nel "caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore".

È agevole rilevare che tale evenienza amplia in modo notevole l'ambito applicativo dello *ius variandi*.

La modifica degli assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore coincide con ogni mutamento dell'apparato aziendale o del personale, anche senza alcuno scopo o fine e concerne, in pratica, ogni variazione disposta dal datore di lavoro in modo illimitato purché si riverberi sulla compagine di tutti i dipendenti, di parte di essi o anche di uno solo. Soprattutto tale possibilità non è stata vincolata a scelte imprenditoriali ben precise (come per esempio lo erano i processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale) e di utilità economica per l'impresa medesima.

Il legislatore delegato ha, quindi, accresciuto la facoltà di modifica unilaterale dello *ius variandi*, estendendola senza dubbio ad ipotesi non tipizzate e di difficile inquadramento e senza che le stesse possano essere verificate in ordine alla loro adeguatezza ed efficacia.

A livello costituzionale si potrà porre il dubbio di verificare se possa ipotizzarsi, in tal caso, un eccesso di ruolo del Governo in sede di attuazione dei criteri e principi della legge delega e, cioè, se l'intervento di integrazione politica si ponga nell'alveo del fisio-

logico spostamento lungo il quale la vicenda della delegazione si muove e, quindi, costituisca espressione della possibilità giuridica di valutare particolari situazioni nell'ambito delle direttive date al legislatore delegato.

Senza dubbio, in questa valutazione, svolgeranno un ruolo determinante le ragioni ispiratrici degli enunciati, le finalità e la portata complessiva della legge delega ed il contesto normativo in cui la disposizione si inserisce e, solo all'esito, potrà stabilirsi se effettivamente ci si trovi in presenza di un coerente sviluppo e completamento delle scelte parlamentari ovvero di un eccesso nella delega attribuita.

Il legislatore delegante, poi, oltre a subordinare la facoltà dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro a particolari presupposti, richiedeva anche dei limiti di operatività: in particolare, quello di bilanciare l'interesse dell'impresa con quello del lavoratore alla tutela nel posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento.

Al riguardo il decreto delegato si è mosso su due piani diversi: il primo, di natura oggettiva; il secondo di natura soggettiva.

Infatti, in primo luogo, deve sottolinearsi che l'assegnazione a mansioni diverse è stata limitata solo a quelle appartenenti al livello di inquadramento inferiore.

È stata così scongiurata l'evenienza di un mutamento arbitrario e discrezionale per qualsiasi livello di inquadramento inferiore che avrebbe sicuramente inciso sul contenuto professionale della attività lavorativa e, conseguentemente, sul prestigio sociale e morale nonché sulla dignità professionale del lavoratore.

Il limite del livello immediatamente inferiore garantisce in qualche modo il lavoratore da un pericolo di incerta ed indeterminata collocabilità nella organizzazione aziendale.

In secondo luogo, è stato previsto l'assolvimento di un obbligo formativo: anche tale adempimento deve essere letto in un'ottica di tutela della professionalità del dipendente il quale, nell'ipotesi di declassamento, avrebbe potuto trovare difficoltà di adattamento ai nuovi compiti.

Tale formazione, comunque, non è stata prevista come obbligatoria: la disposizione la consente solo "ove necessario" e la sua mancata esecuzione non determina la nullità dell'atto di assegnazione.

Ciò, evidentemente, svislaccia l'importanza del citato obbligo: infatti, la mancanza di una sanzione rende, in ogni caso, intangibile il provvedimento datoriale.

Potrebbe residuare, per il lavoratore che si senta pregiudicato dalla mancata adozione dell'obbligo formativo, solo la possibilità di richiedere una tutela risarcitoria.

Tale accertamento è soggetto, però, ad una valutazione sulla "necessità" della formazione ancorata ine-

vitabilmente ad una indagine sul caso concreto e con risvolti problematici sull'onere della prova che incomberà certamente sul lavoratore che lamenti l'omissione.

Inoltre, è opportuno evidenziare che si è ritenuto di non stabilire alcun parametro cui la necessità debba essere riferita di talché diventa davvero difficile relazionare tale requisito a criteri certi e determinati.

Sempre nell'ambito dei limiti, la nuova disposizione dell'art. 2103, 5° comma, c.c. statuisce, nell'ipotesi di assegnazione a mansioni del livello di inquadramento inferiore, che il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

Da tale previsione si rileva, pertanto, che l'assegnazione alle mansioni inferiori riguarda solo il profilo sostanziale in quanto, formalmente, per il lavoratore il livello di inquadramento resta lo stesso: e ciò è rilevante, per esempio, ai fini della determinazione dell'anzianità di servizio ovvero per eventuali passaggi di livelli per progressione interna.

In ordine al trattamento economico, la legge prevede che il lavoratore conservi la retribuzione ad eccezione degli elementi retributivi collegati a particolari modalità della precedente prestazione: per esempio, talune indennità connesse all'espletamento dei compiti svolti.

Ciò senza dubbio è rispondente ai principi di sinallagmaticità del contratto e di corrispettività della retribuzione.

In verità, un problema potrebbe porsi qualora una stessa indennità, per l'attività lavorativa svolta, sia diversamente determinata e qualificata a seconda del livello di inquadramento.

In tal caso, infatti, la questione da risolvere è se si debba avere riguardo all'aspetto sostanziale, relativo alla entità delle mansioni effettivamente svolte, ovvero a quello formale riguardante il livello di appartenenza.

Anche su tale punto sarà la giurisprudenza, in sede di contenzioso, a pronunciarsi ovvero, come è auspicabile, la contrattazione, collettiva o decentrata, a disciplinare la problematica.

Con riferimento alla seconda possibilità di *ius variandi*, quella cioè di natura contrattuale, lo schema di decreto attuativo prevede, conformemente alla legge delega, che la contrattazione collettiva, anche aziendale, stipulata da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possa individuare ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.

Anche in tal caso sussistono i limiti dell'assegnazione al "livello inferiore" e non a tutti i livelli, nonché le tutele del diritto alla conservazione del livello di

inquadramento, con le eccezioni dianzi evidenziate, e del trattamento retributivo.

Non sembra, invece, richiamato l'assolvimento dell'obbligo formativo, perché riferito solo all'ipotesi di modifica stabilita unilateralmente dal datore di lavoro.

Al comma 6° della nuova stesura dell'art. 2103 c.c. il legislatore delegato prevede, e questo è un punto particolarmente innovativo in quanto non espressamente indicato nella legge delega, anche la possibilità di accordi individuali di modifica delle mansioni, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione.

Tale evenienza presenta notevoli elementi di novità non solo perché non disciplinata dalla legge n. 183/2014, ma anche per l'esteso ambito di applicabilità della disposizione.

Infatti, va evidenziato che l'oggetto della pattuizione può interessare: 1) le mansioni; 2) il livello di inquadramento, senza la previsione di alcun limite; 3) la relativa retribuzione.

I limiti e i presupposti dell'accordo sono: a) l'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione; b) l'interesse all'acquisizione di una diversa professionalità ed il miglioramento delle condizioni di vita.

Le sedi ove possono avvenire tali accordi sono rappresentate da quelle previste dall'art. 2103 c.c. (di fronte al giudice *ex art.* 420 c.p.c., innanzi alla commissione intersindacale di conciliazione costituita presso la Direzione Provinciale del Lavoro, già ULPMO, o in sede sindacale *ex art.* 410 e 411 c.p.c.) ovvero avanti alle commissioni di certificazioni di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003.

È agevole rilevare che la pattuizione non è subordinata, nella determinazione dell'oggetto, alla assegnazione delle mansioni del livello immediatamente inferiore; può incidere sul livello di inquadramento, senza alcuna differenziazione tra il livello formale e quello sostanziale; può determinare una modifica *in peius* della retribuzione, a prescindere dal riconoscimento delle eventuali sole indennità connesse ai compiti svolti.

L'interesse del lavoratore a stipulare tali accordi è correlato alla conservazione del posto di lavoro, al miglioramento delle condizioni di vita nonché all'acquisizione di una diversa professionalità: non è però specificato se detto interesse debba essere rapportato alla preesistente condizione lavorativa ovvero, come è plausibile ritenere, ad una possibile interruzione del rapporto lavorativo.

L'unica garanzia risiede nella previsione della presenza, in sede di pattuizione, di soggetti qualificati che dovrebbe sottrarre il lavoratore alla situazione di soggezione rispetto al datore di lavoro nella stipulazione di tali accordi che potrebbero avvenire non solo in sede preventiva stragiudiziale ma anche nel corso di procedimenti giudiziari.

In conclusione, pertanto, lo schema del decreto legislativo del 20 febbraio 2015 consente, oltre alla evenienza di uno *ius variandi* unilaterale e contrattua-

le (di tipo collettivo o aziendale), come statuito dalla legge delega, anche quella nuova dell'accordo individuale, molto più aperta e libera rispetto alle prime due citate e che, probabilmente, finirà per essere la forma più seguita per procedere al mutamento delle mansioni del lavoratore.

Conseguentemente, il divieto sanzionato a pena di nullità di un patto che incida sulle mansioni del lavoratore è stato escluso nel caso in cui ricorrono le condizioni di cui al II e IV comma del nuovo articolo 2103 c.c. ovvero fermo quanto disposto del VI comma.

Certo, a livello di coerenza del sistema, se tale esclusione può apparire legittima allorché si verta nelle ipotesi di modifica dello *ius variandi* unilaterale e contrattuale (collettiva o aziendale), perché comunque sono stati previsti speciali presupposti di operatività che garantiscono un regime non particolaristico del fenomeno, appare più difficile sostenere la compatibilità del concetto di indisponibilità della posizione professionale del lavoratore con la possibilità di un accordo individuale, che incida sulla unica posizione lavorativa senza alcun limite se non quello di una garanzia di presenza formale, ma che sicuramente non potrà influire sulla sostanza della pattuizione, di fronte alla eventualità di perdita del posto di lavoro.

Anche su tale evenienza di demansionamento possono porsi gli stessi dubbi di un eccesso nell'intervento di integrazione come dianzi evidenziati.

Per finire, vanno sottolineate due differenze previste dal legislatore delegato, nell'ambito della revisione delle mansioni, rispetto alla disciplina attualmente vigente e non ricollegabili al fenomeno del demansionamento.

Il 1° comma dell'attuale art. 2103 c.c. contempla che il lavoratore ha diritto a svolgere mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte.

La Suprema Corte¹ ha precisato che l'equivalenza delle mansioni deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni stesse considerate nella loro oggettività e di omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza sotto il profilo della competenza richiesta e del livello professionale raggiunto, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o, addirittura, l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto.

La giurisprudenza ha configurato, quindi, una nozione dinamica del concetto di equivalenza.

Con la nuova disciplina, invece, il datore di lavoro potrà assegnare liberamente al dipendente qualsiasi mansione purché riconducibile allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, superando così la precedente impostazione della "equivalenza".

¹ Cfr. Cass., sez. lav., 22 agosto 2007, n. 17896.

La portata rilevante della novella sta nel fatto che se la contrattazione collettiva prevede un unico livello di inquadramento, la modifica delle mansioni potrebbe essere anche non omogenea rispetto a quelle precedentemente svolte con la conseguenza che, sebbene l'atto datoriale sia rispettoso del dettato legislativo, tuttavia potrebbe incidere in modo significativo sul bagaglio delle competenze professionali del lavoratore.

Anche in questo caso è previsto un obbligo formativo la cui violazione non è sanzionata.

La seconda differenza riguarda, invece, l'ipotesi di espletamento di mansioni superiori.

Secondo l'attuale disciplina il prestatore, assegnato a mansioni superiori, ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e, in ipotesi di definitività dell'assegnazione, il diritto all'inquadramento superiore si matura nel periodo fissato dai contratti collettivi ovvero in tre mesi.

L'art. 55 dello schema di decreto legislativo del 20 febbraio 2105 prevede, invece, che il detto termine possa essere anche fissato dalla contrattazione aziendale, stipulata con associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o in mancanza in sei mesi.

È stato, quindi, aumentato il periodo, in mancanza di previsione pattizia, ed è stata estesa la possibilità di incidere su tale termine anche con la contrattazione aziendale.

In ogni caso, ed anche ciò rappresenta un elemento di novità relevantissimo, è fatta salva la diversa volontà del lavoratore, senza prevedere alcuna formalità nel relativo accordo, ed il presupposto -in ordine alle ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio- non sono più limitate a quelle riguardanti un lavoratore con diritto alla conservazione del posto: il tutto, come si vede, in un'ottica di flessibilità del rapporto di lavoro da considerare non più solo in "entrata" ed in "uscita" ma anche nel corso di attuazione dello stesso.

Da queste brevi e succinte considerazioni si desume, pertanto, che la tematica delle revisioni delle mansioni, da parte del legislatore delegato, è stata disciplinata in modo molto più ampio rispetto alle regole della legge delega, dando luogo sia a rilievi di indubbia criticità rispetto ai criteri fissati, sia di compatibilità del nuovo sistema di mobilità nell'azienda con principi già consolidati nella dottrina e nella giurisprudenza giuslavoristica.

Norma di legge commentata:

TITOLO IV

DISCIPLINA DELLE MANSIONI

ART. 55

(Mutamenti delle mansioni)

1. L'articolo 2103 del codice civile è sostituito dal seguente:

2103. Prestazione del lavoro. – Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.

Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore possono essere previste da contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Nelle ipotesi di cui al secondo e quarto comma, il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

Nelle sedi di cui all'articolo 2113, ultimo comma, o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.

Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo».

2. L'articolo 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, è abrogato.

I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: gli aspetti fiscali alla luce della circolare dell'agenzia delle entrate n. 4/E del 19.2.2015

Questa breve nota dà seguito al commento civilistico, pubblicato sul n. 6/2014 di questa rivista, dell'articolo 23 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, così come convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, introduttivo nel nostro ordinamento della disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, dando conto del completamento della disciplina dal punto di vista fiscale, operato in via interpretativa dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 4/E del 19.2.2015.

Come si sa l'articolo 23 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, così come convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, introduttivo nel nostro ordinamento della disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, non prevede norma alcuna sugli aspetti fiscali del nuovo istituto, aspetti che per la diversa natura dei possibili soggetti attori (privati ed imprese) non poteva non costituire snodo essenziale della nuova normativa e fonte di problematiche assai complesse proprio a causa dell'estrema flessibilità della fattispecie. A fronte infatti di una fattispecie piuttosto camaleontica sarebbe stato gioco forza aspettarsi disparità di trattamento fiscale e conseguente contenzioso; i timori di una duplicazione di imposte con pagamenti in prima battuta sui canoni e poi sul prezzo della cessione hanno fatto sì che, come già si è avuto modo di rilevare¹, i primi interpreti abbiano rivolto da subito l'attenzione alla ricerca di soluzioni dirette ad evitarla.

Una prima soluzione interpretativa è stata prospettata dall'Agenzia delle Entrate in una consulenza giuridica del 13 febbraio 2014 all'Ordine dei Dottori Commercialisti di Monza. Per una fattispecie di locazione con opzione di acquisto l'Agenzia ha sostenuto che il corrispettivo pagato per la vendita andasse decurtato dei canoni di locazione e, in considerazione dell'assenza di una clausola di trasferimento vincolante per entrambe le parti, ha valutato la situazione in maniera identica anche a fini IVA e di imposte sui redditi a carico del locatore. Nello studio del Consiglio Nazionale del Notariato del luglio 2013², quindi

anteriore al dettato normativo, con identica ratio, si è sostenuta l'estensibilità alla fattispecie del meccanismo proprio dei contratti preliminari di cui alla nota all'art. 10 della tariffa, parte prima, d.P.R. n. 131 del 1986, consistente nell'imputazione delle somme pagate per imposta di registro sul preliminare alle somme da pagare in sede di tassazione del contratto definitivo di trasferimento.

La pericolosità del vuoto normativo ha indotto l'Agenzia delle Entrate ad intervenire tempestivamente fornendo l'interpretazione del regime fiscale del nuovo istituto. I chiarimenti dell'Agenzia con la Circolare n. 4/E del 19 febbraio 2015³ hanno due pregi:

buy: *spunti di riflessione, Studio n. 490 - 2013/T*, in *Studi e materiali*, 2013, p. 975 e ss.

³ Si riporta qui in nota il testo della Circolare: "oggetto: Regime fiscale applicabile, ai fini delle imposte dirette e delle imposte indirette, ai contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili - Articolo 23 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133.

Premessa - 1. Inquadramento civilistico dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili - 2. Disciplina fiscale dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili - 3. Fase di godimento dell'immobile: trattamento del canone per godimento del bene e acconto prezzo - 3.1 Trattamento fiscale per i concedenti che agiscono in regime di impresa - 3.1.1 Imposte sui redditi e IRAP - 3.1.2 Iva - 3.1.3 Registro - 3.2 Trattamento fiscale per i concedenti che non agiscono in regime di impresa - 3.2.1 Imposte sui redditi - 3.2.2 Registro - 4. Esercizio del diritto di acquisto e trasferimento dell'immobile - 4.1 Trattamento fiscale per i concedenti/venditori che agiscono in regime di impresa - 4.1.1 Imposte sui redditi e IRAP - 4.1.2 Iva - 4.1.3 Registro, ipotecaria e catastale - 4.2 Trattamento fiscale per i concedenti/venditori che non agiscono in regime di impresa - 4.2.1 Imposte sui redditi - 4.2.2 Registro, ipotecaria e catastale - 5. Mancato trasferimento dell'immobile e restituzione degli acconti - 5.1 Trattamento fiscale per i concedenti che agiscono in regime di impresa - 5.1.1 Imposte sui redditi e IRAP - 5.1.1.1 Mancato esercizio del diritto di acquisto (articolo 23, comma 1-bis) - 5.1.1.2 Risoluzione per inadempimento (articolo 23, comma 5) - 5.1.2 Iva - 5.1.2.1 Mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore (articolo 23, comma 1-bis) - 5.1.2.2 Risoluzione per inadempimento (articolo 23, comma 5) - 5.2 Trattamento fiscale ai fini delle imposte sui redditi per i soggetti che non agiscono in regime di impresa - 5.2.1 Mancato esercizio del diritto da parte del conduttore (articolo 23, comma 1-bis) - 5.2.2 Risoluzione per inadempimento (articolo 23, comma 5) - 5.3 Registro.

Premessa

L'articolo 23 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 (di seguito decreto), convertito con la legge 11 novembre 2014, n. 164,

¹ SCARFÒ, *La disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, in *Gazzetta Forense*, n. 6, Novembre-Dicembre 2014, p. 248 e ss.

² LOMONACO, *Questioni in tema di profili fiscali del c.d. rent to*

ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Si tratta di una fattispecie contrattuale, diversa dalla locazione finanziaria, volta a conferire al conduttore l'immediato godimento dell'immobile, rinviando al futuro il trasferimento della proprietà del bene, con imputazione di una parte dei canoni al corrispettivo del trasferimento.

La nuova tipologia contrattuale introdotta con l'articolo 23, chiarisce la relazione illustrativa alla norma in commento, "è a 'maglie larghe' per consentire all'autonomia privata di meglio modulare il contenuto del contratto in funzione delle specifiche esigenze e nell'ottica del miglior soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti".

3.1 Trattamento fiscale per i concedenti che agiscono in regime di impresa

3.1.1 Imposte sui redditi e IRAP

Il concedente che applica le regole previste nell'ambito del reddito d'impresa, durante il periodo di locazione, rileva i canoni di locazione e contabilizza gli acconti sul prezzo come debiti verso il conduttore, mentre solo nella successiva (ed eventuale) fase di vendita dell'immobile emerge il componente di reddito. Ciò premesso, si evidenzia che l'articolo 109, comma 2, lettera a), del TUIR, prevede, per i beni immobili, che i corrispettivi delle cessioni si considerano conseguiti e le spese di acquisizione si considerano sostenute "alla data (...) della stipulazione dell'atto" di compravendita.

La predetta disposizione stabilisce, inoltre, che non si debba tener conto delle clausole di riserva della proprietà e che la locazione con clausola di trasferimento della proprietà, vincolante per ambedue le parti, venga assimilata alla vendita con riserva di proprietà. In tali ipotesi, infatti, il verificarsi dell'effetto traslativo, differito a mero scopo di garanzia, è voluto da entrambi i contraenti già al momento della conclusione del negozio e, conseguentemente, è a tale data che occorre fare riferimento per individuare il momento in cui ai fini fiscali rileva il trasferimento del bene (cfr. risoluzione n. 338/E del 1° agosto 2008).

Nella disciplina in esame, invece, si è in presenza di un negozio complesso che, oltre al godimento dell'immobile, prevede, in caso di esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, l'obbligo di cessione dell'immobile stesso da parte del proprietario e l'imputazione in conto prezzo dei soli acconti sul prezzo pagati sino al momento dell'acquisto.

Non si rileva alcun vincolo che obblighi entrambe le parti del contratto al trasferimento della proprietà dell'immobile, ma è presente un diritto di acquisto attribuito ad una sola delle parti (il conduttore) che, qualora esercitato, obbliga la controparte (il locatore-proprietario) a cedere l'immobile.

Di conseguenza, lo schema giuridico che caratterizza la norma in esame non è riconducibile alla locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti e, pertanto, non trova applicazione la disposizione di cui all'articolo 109, comma 2, lettera a), ultimo periodo.

Nei periodi precedenti all'esercizio del diritto d'acquisto da parte del conduttore l'unico negozio a cui possa attribuirsi rilievo giuridico è la locazione. In tali periodi, quindi, il concedente determina il reddito d'impresa secondo le regole che caratterizzano la locazione, vale a dire:

- 1) nel caso di immobili merce o di immobili strumentali per natura, attribuendo rilevanza ai canoni *pro rata temporis*, a norma dell'articolo 109, comma 2, lettera b), ultimo periodo, del TUIR;
- 2) nel caso di immobili patrimonio, attribuendo rilevanza al confronto tra il canone di locazione e la rendita catastale, ai sensi dell'articolo 90 del TUIR.

Nel periodo della locazione non assume rilevanza reddituale, invece, la parte di canone imputata al corrispettivo del trasferimento, essendo la stessa un acconto versato dal conduttore come anticipo sul prezzo di vendita che per il concedente rappresenta un debito.

Anche ai fini IRAP, nei periodi precedenti all'esercizio del diritto d'acquisto, l'unico negozio a cui possa attribuirsi rilievo giuridico è la locazione. Di conseguenza, il componente positivo derivante dalla locazione rileva per il concedente secondo le regole ordinarie che caratterizzano il tributo regionale.

3.1.2 Iva

In merito alla quota dei canoni versati per il godimento dell'immobile, atteso che i contratti in esame non contengono una clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti, si ritiene che la stessa non sia riconducibile ad una cessione

di beni, ai sensi dell'art. 2, comma 2, n. 2, del d.P.R. n. 633 del 1972.

Pertanto, ancorché il nuovo schema contrattuale non sia civilisticamente riconducibile a contratti già esistenti, si dovrà applicare, in primo luogo, la disciplina IVA del contratto di locazione, con la conseguenza che i canoni relativi al godimento pagati dal conduttore saranno rilevanti, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del d.P.R. n. 633 del 1972, all'atto del pagamento.

In proposito, occorre rilevare che la locazione di un fabbricato abitativo rientra, in via generale, tra le operazioni esenti di cui all'articolo 10, comma 1, n. 8, del d.P.R. n. 633 del 1972. In deroga a tale regola, è previsto che, qualora il locatore sia un'impresa costruttrice o di ripristino, lo stesso può optare per il regime di imponibilità. L'opzione per l'imponibilità IVA va sempre esercitata nello stesso contratto di godimento di cui all'articolo 23 in esame.

Anche per quanto concerne la locazione dei fabbricati strumentali, che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diversa utilizzazione senza trasformazioni radicali, la stessa è, per regime naturale, esente, ma in questo caso esiste sempre la possibilità per il locatore di optare per l'imponibilità.

Per queste ultime locazioni, a differenza delle locazioni che hanno ad oggetto immobili abitativi, la facoltà di optare per il regime di imponibilità è, infatti, estesa a tutti i soggetti passivi proprietari di un immobile strumentale concesso in locazione e non solo alle imprese di costruzione o di ripristino.

La parte di canone pagata a titolo di acconto prezzo, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del d.P.R. n. 633 del 1972, rappresenta l'anticipazione del corrispettivo pattuito per il trasferimento e, pertanto, assume rilevanza ai fini IVA.

Il trattamento IVA applicabile a tali acconti è lo stesso che viene riservato ai corrispettivi per le cessioni degli immobili abitativi e strumentali.

In proposito, si ricorda che, alle cessioni di immobili ad uso abitativo, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, n. 8-bis, del d.P.R. n. 633 del 1972, si applica, in via generale, il regime di esenzione dall'IVA, qualunque sia il soggetto passivo cedente, ad eccezione delle cessioni eseguite dalle imprese di costruzione o di ripristino cui si applica il regime di imponibilità quando gli immobili sono ceduti entro il quinquennio dalla loro ultimazione o da quando sono stati eseguiti interventi di recupero di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c), d) ed f) del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Decorso il quinquennio dal termine della costruzione o dagli interventi di recupero, le cessioni in parola sono soggette al regime naturale dell'esenzione, salvo opzione per l'imponibilità da parte dell'impresa di costruzione o di ripristino.

Alle cessioni di fabbricati strumentali si applica, invece, il successivo n. 8-ter del citato articolo 10, comma 1, il quale prevede l'esenzione quale regime naturale, salva l'imponibilità obbligatoria per le cessioni effettuate da imprese che hanno costruito l'immobile o che vi hanno eseguito interventi di recupero, se la cessione avviene entro cinque anni dalla fine dei lavori.

Per i fabbricati strumentali resta, altresì, salva la possibilità, anche per imprese diverse da quelle di costruzione o di ripristino, di optare per il regime di imponibilità.

Nei casi in cui l'operazione sia imponibile ai fini dell'IVA, secondo le disposizioni sopra illustrate, le aliquote applicabili sono quelle vigenti al momento del pagamento dell'acconto, secondo le seguenti regole:

- aliquota ridotta del 4%, ai sensi del n. 21 della Tabella A, parte II, allegata al d.P.R. n. 633 del 1972, modificato dall'articolo 33, comma 1, d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, in vigore dal 13 dicembre 2014, se il futuro acquirente dichiara di poter beneficiare dei requisiti 'prima casa' e se si tratta di case di abitazione (anche in corso di costruzione) classificate o classificabili nelle categorie catastali diverse dalle seguenti:

- cat. A/1 - abitazioni di tipo signorile;
- cat. A/8 - abitazioni in ville;
- cat. A/9 - castelli e palazzi di eminenti pregi artistici e storici;
- aliquota ridotta del 10%, ai sensi del n. 127-*undecies* della Tabella A, parte III, allegata al d.P.R. n. 633 del 1972, se si tratta di case di abitazione che hanno la medesima natura/classificazione catastale di quelli che potrebbero potenzialmente fruire dell'agevolazione 'prima casa';
- aliquota ordinaria del 22%, per gli immobili classificabili nella categorie catastali sopra richiamate (A/1, A/8 e A/9) e per gli immobili strumentali. Si ricorda che con diversi documenti di prassi (circolare 1 del 2 marzo 1994, risoluzione del 7 dicembre 2000, n. 187) è stato chiarito che è sempre possibile operare una variazione (in aumento o in diminuzione) dell'imposta, ai sensi dell'art. 26 del d.P.R. n. 633 del 1972, senza alcun limite temporale rispetto al momento di effettuazione dell'operazione, quando l'acquirente, successivamente alla fatturazione degli acconti con una certa aliquota (del 10 o del 4 per cento), all'atto della stipula del contratto definitivo, dichiara che si sono modificate le condizioni necessarie per accedere alle agevolazioni 'prima casa'.

3.1.3 Registro

Com'è noto, ai fini dell'imposta di registro, gli articoli 20 e 21 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (di seguito TUR) dettano i principi da applicare per stabilire la corretta tassazione degli atti.

In particolare, l'articolo 20 del TUR stabilisce che "L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente". L'articolo 21 stabilisce, invece, che "se un atto contiene più disposizioni che non derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre, ciascuna di essa è soggetta ad imposta come se fosse atto distinto. Se le disposizioni contenute nell'atto derivano necessariamente per la loro intrinseca natura le une dalle altre, l'imposta si applica come se l'atto contenesse la sola disposizione che dà luogo all'imposizione più onerosa".

Come si è avuto modo di chiarire con la circolare 7 ottobre 2001, n. 44, rilevano autonomamente, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, del TUR, le singole disposizioni contenute nell'atto che siano espressione di una autonoma capacità contributiva.

Tali principi devono essere, dunque, osservati, al fine di stabilire la corretta tassazione da applicare ai contratti di godimento con diritto di acquisto.

In via preliminare, si precisa che tali contratti sono soggetti all'obbligo di registrazione nel termine di 30 giorni dalla data di formazione dell'atto stesso, sia se formati per scrittura privata che se formati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata.

Per quanto attiene alla misura della tassazione da applicare, nel periodo precedente l'esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, rileva, ai fini dell'imposta di registro:

- sia la concessione in godimento dell'immobile da parte del proprietario a fronte del pagamento di un corrispettivo (una quota del canone);
- sia la quota di canone destinata, nella misura indicata nel contratto, ad acconti prezzo, per la vendita dell'immobile.

Per quanto attiene alla disposizione che prevede la concessione del godimento dell'immobile a fronte della corresponsione di un canone, trovano applicazione le previsioni recate per i contratti di locazione di cui al combinato disposto degli articoli 3, 17 del TUR e articolo 5 della tariffa, parte prima, allo stesso allegata. In applicazione di tali disposizioni, per il contratto di godimento che rientri nel campo di applicazione dell'IVA, trova applicazione la seguente disciplina:

- per i fabbricati abitativi, la misura dell'imposta di registro deve essere determinata in considerazione del regime IVA applicabile.

1. se il contratto è esente da IVA, si applica l'imposta di registro in misura proporzionale (2 per cento);
2. se il contratto è imponibile IVA (in quanto il concedente ha espresso l'opzione in tal senso), l'imposta di registro è dovuta in misura fissa (euro 67 se il contratto è stipulato per scrittura privata o euro 200 se il contratto è formato per scrittura privata autenticata o è redatto in forma pubblica).

Tipologia di fabbricati	IVA	Registro
Abitativi	Esente	Proporzionale (2%)
Abitativi	Imponibile	Imposta fissa (euro 67 o 200 a seconda della forma dell'atto)

Per gli immobili strumentali, in deroga al principio di alternatività IVA/Registro – ai sensi del combinato disposto dell'articolo 40 del TUR e dell'articolo 5, comma 1, lett. a-*bis*), della Tariffa, parte prima, del medesimo testo unico, il contratto sconta l'imposta di registro in misura proporzionale (1 per cento) indipendentemente dal regime IVA di imponibilità o di esenzione al quale l'operazione è soggetta.

Tipologia di fabbricati	IVA	Registro
Strumentali	Esente	Proporzionale (1%)
Strumentali	Imponibile	Proporzionale (1%)

La base imponibile è data dall'ammontare complessivo della quota dei canoni imputabile al godimento dell'immobile, per l'intera durata dello stesso, ai sensi dell'articolo 43, comma 1, lettera h), del TUR.

Ai sensi dell'articolo 17, comma 3, del TUR, l'imposta può essere assolta sul corrispettivo pattuito per l'intera durata del contratto, ovvero sull'ammontare del canone relativo a ciascun anno.

Per quanto attiene alle quote di canone da imputare a corrispettivo di vendita, soggette ad imposta sul valore aggiunto, in base al principio di alternatività IVA/Registro, di cui all'articolo 40 del TUR, l'imposta di registro è dovuta nella misura fissa di euro 200 (circolare 29 maggio 2013, n. 18).

3.2 Trattamento fiscale per i concedenti che non agiscono in regime di impresa

3.2.1 Imposte sui redditi

Con riferimento ai soggetti che non operano in regime di impresa, la quota del canone stabilita per la concessione in godimento dell'immobile, non essendo corrispettivo del trasferimento della proprietà dell'immobile stesso, deve essere assoggettata a imposizione in base alla disciplina dei redditi fondiari. Per quanto detto al par. 2 tale concessione in godimento dell'immobile deve essere assimilata, ai fini fiscali, alla locazione.

L'articolo 26 del TUIR prevede che "i redditi fondiari concorrono indipendentemente dalla percezione, a formare il reddito complessivo dei soggetti che possiedono gli immobili a titolo di proprietà, enfiteusi, usufrutto o altro diritto reale... per il periodo d'imposta in cui si è verificato il possesso". Per la determinazione del reddito derivante dal possesso di fabbricati, l'articolo 37 del TUIR stabilisce, al comma 1, che "Il reddito medio ordinario delle unità immobiliari è determinato mediante l'applicazione delle tariffe d'estimo" e al successivo comma 4-*bis* che "Qualora il canone risultante dal contratto di locazione, ridotto forfetariamente del 5 per cento, sia superiore al reddito medio ordinario di cui al comma 1, il reddito è determinato in misura pari a quella del canone di locazione al netto di tale riduzione".

Per l'applicazione delle disposizioni richiamate, assume rilievo la circostanza che il proprietario/concedente rimanga titolare del diritto di proprietà dell'immobile e sia, pertanto, il soggetto passivo cui vanno imputati i relativi redditi fondiari fino a quando il

conduttore non eserciti il diritto di acquistare l'immobile (entro i termini previsti dal contratto).

Conseguentemente le quote dei canoni previste a fronte del godimento dell'immobile devono considerarsi per il proprietario/concedente quali redditi di fabbricati e devono essere assoggettate ad IRPEF in base alle regole dettate dal richiamato articolo 37, comma 4-bis, del TUIR per le locazioni, secondo cui se il canone risultante dal contratto di locazione, ridotto forfetariamente del 5 per cento, sia superiore al reddito medio ordinario (c.d. rendita catastale), il reddito imponibile è quello del canone di locazione al netto di tale riduzione. Rimangono ferme le maggiori riduzioni forfetarie previste dal medesimo comma 4-bis per talune categorie di immobili. La rendita catastale deve essere rivalutata del 5 per cento ai sensi dell'articolo 3, comma 48, della legge n. 662 del 1996.

Ove ricorrano i presupposti previsti dall'articolo 3 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, il canone derivante dalla locazione per finalità abitative degli immobili ad uso abitativo e delle relative pertinenze può essere assoggettato, su opzione del locatore, al regime della "cedolare secca". La possibilità di optare per tale regime facoltativo di imposizione è riservata alle persone fisiche titolari del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento di unità immobiliari abitative locate, che non agiscono nell'esercizio di un'attività di impresa, o di arti e professioni. L'opzione comporta l'assoggettamento del canone di locazione ad una imposta sostitutiva dell'IRPEF e delle relative addizionali, nonché delle imposte di registro e di bollo sul contratto di locazione. Per approfondimenti si rinvia ai provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 7 aprile 2011 e del 10 gennaio 2014, e ai chiarimenti forniti con le circolari dell'Agenzia delle entrate, tra le quali si segnalano le circolari n. 26/E del 1° giugno 2011 e n. 20/E del 4 giugno 2012.

3.2.2 Registro

Come si è avuto modo di chiarire al paragrafo 3.1.3, per determinare la tassazione applicabile al contratto di godimento in argomento, soggetti a registrazione nel termine fisso di 30 giorni, trovano applicazione i principi di cui agli articoli 20 e 21 del TUR. Conseguentemente, per quanto attiene alla disposizione che prevede la concessione del godimento dell'immobile a fronte della corresponsione di un canone, deve essere applicata l'imposta di registro nella misura proporzionale del 2 per cento sia con riferimento agli immobili strumentali che abitativi.

Tipologia dei fabbricati	IVA	Registro
Abitativi	Esclusa	Proporzionale 2%
Strumentali	Esclusa	Proporzionale 2%

L'imposta proporzionale può essere assolta annualmente sull'ammontare del canone relativo a ciascun anno, ai sensi dell'articolo 17 del TUR. Come ricordato al paragrafo 3.2.1, inoltre, ove ricorrano i presupposti previsti dall'articolo 3 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, il reddito derivante dalla locazione di immobili ad uso abitativo può essere assoggettato, su opzione del locatore, al regime della 'cedolare secca'.

Per quanto attiene, invece, alla quota di canone da imputare a corrispettivo di vendita, deve essere applicata l'imposta di registro nella misura del 3 per cento, ai sensi dell'articolo 9 della Tariffa, parte prima, allegata al TUR, sull'importo complessivo degli acconti pattuiti. Tale disposizione stabilisce, infatti, che "per gli atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" si applica l'imposta di registro con l'aliquota del 3 per cento.

Si precisa che qualora l'imposta proporzionale di registro applicata in relazione al canone di locazione, unitamente all'imposta proporzionale di registro sull'acconto prezzo risulti complessivamente inferiore all'importo di euro 200, deve essere corrisposta

hanno fermato gli orientamenti divergenti emersi in dottrina, sicura fonte di tassazioni non omogenee, ed hanno fornito, per il caso in cui l'acquisto avvenga,

l'imposta di registro nella misura di euro 200.

4. Esercizio del diritto di acquisto e trasferimento dell'immobile

4.1 Trattamento fiscale per i concedenti/venditori che agiscono in regime di impresa

4.1.1 Imposte sui redditi e IRAP

Qualora il conduttore eserciti il diritto di acquisto – e si proceda, dunque al trasferimento di proprietà del bene – emerge per il concedente, titolare di reddito d'impresa, un componente positivo di reddito.

In particolare, nel caso di immobili merce concorrerà a formare il reddito il corrispettivo derivante dalla cessione (al lordo degli acconti) ai sensi dell'articolo 85 del TUIR, mentre nell'ipotesi di immobili strumentali o di immobili patrimonio assumerà rilevanza la differenza tra il prezzo di cessione (al lordo degli acconti) e il costo fiscale dell'immobile, ai sensi dell'articolo 86, comma 2, del TUIR.

Tali componenti positivi (ricavo o plusvalenza) assumeranno rilevanza per il concedente anche ai fini IRAP, secondo le regole ordinarie che caratterizzano il tributo regionale.

4.1.2 Iva

Ai fini dell'IVA, in caso di esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, la base imponibile relativa alla cessione dell'immobile sarà data dal prezzo della cessione decurtato dei soli acconti sulla vendita pagati fino a quel momento dal conduttore e non anche dei canoni versati per il mero godimento, e sarà applicabile la disciplina fiscale dei trasferimenti immobiliari. Il momento di effettuazione dell'operazione di compravendita immobiliare, ai sensi dell'articolo 6, primo comma, del d.P.R. n. 633 del 1972 va individuato all'atto dell'esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore.

Per quanto concerne il trattamento IVA applicabile alle cessioni degli immobili, si rinvia a quanto già chiarito, con riferimento agli acconti pagati sul prezzo, al paragrafo 3.1.2.

4.1.3 Registro, ipotecaria e catastale

Per i trasferimenti immobiliari rilevanti ai fini dell'IVA, trova applicazione il regime di alternatività IVA/Registro, di cui all'articolo 40 del TUR, che prevede, in linea generale, l'applicazione dell'imposta di registro nella misura fissa di euro 200.

Com'è noto, tale principio trova una deroga, tuttavia, per i trasferimenti di fabbricati abitativi esenti, di cui all'articolo 10, numero 8-bis, del d.P.R. n. 633 del 1972 e, pertanto, in relazione a tali trasferimenti, si applica l'imposta di registro proporzionale nella misura del 9 o del 2 per cento, (minimo 1000 euro) e le imposte ipotecaria e catastale sono applicate nella misura fissa di 50 euro ciascuna.

Cessioni esenti ex art. 10, comma 1, n. 8-bis, DPR n. 633 del 1972		Registro	Ipotecaria	Catastale
	'Prima casa'	2%	50	50
Fabbricati diversi dalla 'prima casa'	9%	50	50	

Il menzionato principio di alternatività IVA/Registro trova, invece, piena applicazione per le cessioni di immobili strumentali di cui all'articolo 10, comma 1, n. 8-ter, del d.P.R. n. 633 del 1972. Ciò comporta che l'imposta di registro, sia nel caso in cui le cessioni siano imponibili IVA, sia se esenti IVA, è dovuta nella misura fissa di 200 euro.

Per gli atti aventi ad oggetto immobili strumentali, soggetti ad IVA, si applica, inoltre, il trattamento fiscale previsto dagli articoli 10 e 1-bis della Tariffa, allegata al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 (TUIC), ovvero l'imposta catastale nella misura dell'1% e l'imposta ipotecaria nella misura del 3%.

Soggetto IVA ex art. 10, comma 1, n. 8-ter, d.P.R. n. 633 del 1972	IVA	Registro	Ipotecaria	Catastale
	22% ovvero 10% ovvero esente	200	3%	1%

4.2 Trattamento fiscale per i concedenti/venditori che non agiscono in regime di impresa.

4.2.1 Imposte sui redditi

Il corrispettivo del trasferimento dell'immobile deve essere assoggettato ad imposizione in base alla disciplina dei redditi diversi di cui all'articolo 67, comma 1, lett. b), del TUIR che attrae a tassazione le "plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di beni immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni".

Le quote del canone imputate ad acconto prezzo, costituendo parte del corrispettivo del trasferimento, devono essere assoggettate a imposizione in base alla citata disciplina dei redditi diversi. Tali quote del canone diventeranno imponibili per il proprietario/concedente non durante il periodo di godimento, ma al momento della cessione dell'immobile, ossia quando il conduttore si avvale del diritto di acquistarlo, al ricorrere delle condizioni previste dall'articolo 67 citato, tra cui quella della cessione entro il termine di 5 anni dall'acquisto o costruzione. Diversamente, se la cessione dell'immobile interviene in una data successiva, il corrispettivo che il proprietario riceve non rileva ai fini delle imposte dirette.

Ad esempio, nei confronti di un contribuente, che acquista un immobile il 3 febbraio 2014 e successivamente lo concede in locazione mediante il contratto di cui all'articolo 23 in commento, l'eventuale plusvalenza è assoggettata a tassazione, come reddito diverso, se il trasferimento della proprietà dell'immobile avviene entro il 2 febbraio 2019. Per l'acquirente il termine quinquennale decorrerà dalla medesima data di trasferimento della proprietà dell'immobile. La plusvalenza sarà determinata in base alle regole ordinarie previste dall'articolo 68, comma 1, del TUIR, quale differenza positiva tra il corrispettivo percepito dal conduttore-acquirente, comprensivo delle quote del canone imputate ad acconto prezzo, e il costo di acquisto dell'immobile.

4.2.2 Registro, ipotecaria e catastale

In relazione all'atto di trasferimento dell'immobile, si applica, in linea generale, l'imposta proporzionale di registro, nelle misure previste dall'articolo 1 della Tariffa, parte prima, allegata al TUR e le imposte ipotecaria e catastale nella misura di euro 50 ciascuna.

Cessioni fuori campo IVA		Registro (Imposta minima 1.000 euro)	Ipotecaria	Catastale
	'Prima casa'	2%	50	50
	Fabbricati diversi dalla 'prima casa'	9%	50	50

In relazione alla base imponibile, si precisa che l'imposta di registro deve essere calcolata sul valore del bene, ai sensi degli articoli 43 e 51 del TUR, ossia sul valore dichiarato dalle parti o, se superiore, sul corrispettivo pattuito, fatta salva l'applicazione, ricorrendone le condizioni, del criterio del prezzo-valore di cui all'articolo 1, comma 497, della legge 23 dicembre 2005, n. 266. Per la determinazione dell'imposta di registro da applicare in sede di trasferimento, si ritiene, inoltre, applicabile la disciplina dettata dalla nota all'articolo 10 della Tariffa, Parte prima, del TUR per i contratti preliminari di compravendita, secondo la quale dall'imposta di registro dovuta per il contratto definitivo deve essere scomputata l'imposta di registro corrisposta in relazione agli acconti prezzo.

La nota posta in calce all'articolo 10 della Tariffa, Parte prima,

del TUR stabilisce, infatti, che "Se il contratto preliminare prevede la dazione di somme a titolo di caparra confirmatoria si applica il precedente articolo 6; se prevede il pagamento di acconti di prezzo non soggetti all'imposta sul valore aggiunto ai sensi degli articoli 5, comma 2, e 40 del testo unico si applica il precedente articolo 9. In entrambi i casi l'imposta pagata è imputata all'imposta principale dovuta per la registrazione del contratto definitivo."

In applicazione di tale disposizione, l'imposta di registro corrisposta in misura proporzionale in relazione alla caparra confirmatoria (0,50%), se presente, e agli acconti prezzo (3%) deve essere, dunque, scomputata dall'imposta di registro dovuta per il contratto definitivo di compravendita.

Pertanto, anche nel caso di contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, l'imposta di registro corrisposta nella misura del 3 per cento sugli acconti prezzo (se non soggetti ad IVA) o eventualmente nella misura dello 0,50 per cento sulla caparra confirmatoria, deve essere scomputata, al fine di evitare una doppia tassazione delle medesime somme, dall'imposta proporzionale di registro dovuta per il contratto definitivo di trasferimento.

Si precisa che nel caso in cui l'imposta proporzionale corrisposta per la caparra confirmatoria e per gli acconti di prezzo risulti superiore all'imposta di registro dovuta per il contratto di compravendita definitivo, spetta il rimborso della maggiore imposta proporzionale versata, secondo le regole previste dall'articolo 77 del TUR (circolare 29 maggio 2013, n. 18/E).

5. Mancato trasferimento dell'immobile e restituzione degli acconti
Come si è avuto modo di chiarire al paragrafo 1, i contratti di godimento in argomento, come disciplinati dall'articolo 23 del decreto, sono finalizzati al trasferimento dell'immobile, in quanto attribuiscono al conduttore il diritto di acquistare il bene concesso in godimento.

Nell'ambito dell'articolo 23 del decreto sono, peraltro, disciplinate anche le ipotesi in cui le parti non procedono alla conclusione del contratto di compravendita, regolando, nel contempo, le eventuali restituzioni delle somme versate a titolo di corrispettivo del trasferimento. In particolare, il comma 1-bis dell'articolo 23, disciplina l'ipotesi di mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, stabilendo che le parti siano tenute ad indicare nell'ambito del contratto la quota dei canoni imputata a corrispettivo che deve essere restituita.

Il comma 5 dell'articolo in argomento disciplina, inoltre, le ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento contrattuale. Tale disposizione stabilisce che, in caso di risoluzione per inadempimento del concedente, è fatto allo stesso obbligo di restituire al conduttore la parte dei canoni imputata a corrispettivo, maggiorata degli interessi legali.

In caso di risoluzione per inadempimento del conduttore, il concedente ha, invece, diritto alla restituzione dell'immobile e fa propri, in via definitiva, e per l'intero, i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto dal contratto.

5.1 Trattamento fiscale per i concedenti che agiscono in regime di impresa

5.1.1 Imposte sui redditi e IRAP

5.1.1.1 Mancato esercizio del diritto di acquisto (articolo 23, comma 1-bis)

Qualora il conduttore non eserciti il diritto di acquisto, il trasferimento della proprietà del bene non si perfeziona e per il concedente non emerge alcun ricavo o plusvalenza rilevante nella determinazione del reddito d'impresa. In tale ipotesi, assume rilevanza reddituale per il concedente la sola quota di acconto versata durante la locazione dal conduttore, qualora le parti, in sede contrattuale, abbiano stabilito che una quota dei canoni versati in acconto sul prezzo sia trattenuta dal concedente.

In particolare, la quota di acconto non restituita al conduttore

rappresenta per il concedente un componente positivo di reddito rilevante ai fini della determinazione del reddito d'impresa. Anche ai fini IRAP, il predetto componente positivo assume rilevanza per il concedente secondo le regole ordinarie che caratterizzano il tributo regionale.

5.1.1.2 Risoluzione per inadempimento (articolo 23, comma 5)

In caso di risoluzione per inadempimento del concedente, il comma 5 stabilisce che "lo stesso deve restituire la parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali". In tale ipotesi, quindi, il trasferimento della proprietà del bene non si perfeziona e, per il concedente, non emerge alcun ricavo o plusvalenza rilevante nella determinazione del reddito d'impresa.

Per il concedente assumono rilevanza nella determinazione del reddito d'impresa, come interessi passivi, i soli interessi legali che lo stesso è tenuto a corrispondere al conduttore. Nella diversa ipotesi di risoluzione per inadempimento del conduttore, il medesimo comma 5 stabilisce che "il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità se non è stato diversamente convenuto nel contratto".

In definitiva, la risoluzione per inadempimento del conduttore determina i medesimi effetti fiscali previsti in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto. In particolare, per il concedente:

- 1) non emerge alcun ricavo o plusvalenza rilevante nella determinazione del reddito d'impresa;
- 2) assume rilevanza reddituale come componente positivo di reddito la sola quota di acconto versata durante la locazione dal conduttore che non deve essere restituita.

Anche ai fini IRAP, il predetto componente positivo, rappresentato dalla quota di acconto versata durante la locazione dal conduttore che non deve essere restituita, assume rilevanza per il concedente secondo le regole ordinarie che caratterizzano il tributo regionale.

5.1.2 Iva

5.1.2.1 Mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore (articolo 23, comma 1-bis)

In caso di omesso esercizio del diritto di acquisto, e di conseguente restituzione al conduttore della quota versata a titolo di acconto sul prezzo, il proprietario è tenuto, ai sensi dell'articolo 26, secondo comma, del d.P.R. n. 633 del 1972, all'emissione di una nota di variazione a favore del conduttore per gli importi restituiti.

Tale nota di variazione, per il rispetto dei principi fondamentali dell'IVA, deve essere emessa con riferimento all'ammontare complessivo versato dal conduttore a titolo di acconto sul prezzo di vendita – ovvero sia per la parte che viene restituita, sia per la parte che viene trattenuta. Infatti, non verificandosi l'effetto traslativo della cessione, il presupposto dell'applicazione dell'IVA sulle somme relative agli acconti versati dal conduttore sul prezzo di vendita viene a mancare. Tuttavia, qualora le parti, in sede contrattuale, abbiano stabilito che una quota dei canoni versati in acconto sul prezzo sia trattenuta dal concedente, tale quota, all'atto del mancato esercizio del diritto di acquisto, assume la natura di corrispettivo dovuto per l'esercizio (a titolo oneroso) del diritto riconosciuto al conduttore e, conseguentemente, deve essere assoggettata ad IVA, con aliquota ordinaria, secondo le regole ordinarie previste per le prestazioni di servizi di cui all'articolo 3 del d.P.R. n. 633 del 1972.

5.1.2.2 Risoluzione per inadempimento (articolo 23, comma 5)

In caso di risoluzione per inadempimento del concedente, il comma 5 stabilisce che "lo stesso deve restituire la parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali". In tale ipotesi, il concedente provvede ai sensi dell'articolo 26, secondo comma, del d.P.R. n. 633 del 1972, all'emissione di una nota di variazione a favore del conduttore per gli importi restituiti.

Nella diversa ipotesi di risoluzione per inadempimento del con-

una sintesi estrema piuttosto organica, sia ai fini delle imposte dirette sia ai fini delle imposte indirette, della

conduttore, il medesimo comma 5 stabilisce che "il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità se non è stato diversamente convenuto nel contratto".

In tale evenienza, i canoni trattenuti perdono la natura di acconto sul prezzo di cessione per assumere quella di penalità per inadempimento del conduttore; conseguentemente, il concedente dovrà emettere una nota di variazione ai sensi dell'articolo 26 del d.P.R. n. 633 del 1972, a rettifica del regime impositivo originariamente applicato a tali somme, per annotarle contestualmente come importi esclusi dal campo di applicazione dell'IVA ai sensi dell'articolo 15 del d.P.R. n. 633 del 1972.

5.2 Trattamento fiscale ai fini delle imposte sui redditi per i soggetti che non agiscono in regime di impresa

5.2.1 Mancato esercizio del diritto da parte del conduttore (articolo 23, comma 1-bis)

Nell'ipotesi di cui al comma 1-bis dell'articolo 23 in cui il conduttore non eserciti il diritto di acquistare l'immobile entro il termine prestabilito, la restituzione da parte del proprietario delle quote dei canoni imputata ad acconto prezzo non assume alcuna rilevanza reddituale né per il proprietario, né per il conduttore che non agiscano nell'esercizio di impresa. Per il proprietario, la parte dell'acconto prezzo eventualmente trattenuta costituirà un reddito diverso, derivante dall'assunzione di obblighi di permettere ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lett. l), del TUIR, imponibile per un importo corrispondente a quanto trattenuto. Tale importo, in sostanza, remunera il proprietario per il diritto di acquisto concesso al conduttore in sede di stipula del contratto, ancorché il diritto a percepire tale remunerazione sia condizionato al mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore.

5.2.2 Risoluzione per inadempimento (articolo 23, comma 5)

Nella diversa ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore, prevista dal comma 5 dell'articolo 23, le quote dei canoni imputate ad acconto prezzo, eventualmente trattenute dal concedente a titolo di indennità se non è stato diversamente convenuto nel contratto, costituiranno per il concedente redditi diversi derivanti dall'assunzione di obblighi riconducibili a quelli di fare, non fare e permettere, di cui alla lett. l) del comma 1 dell'articolo 67 del TUIR, atteso che anche in questo caso viene comunque remunerato il diritto di acquisto concesso al conduttore.

5.3 Registro

In caso di mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 23 ovvero di risoluzione del contratto per inadempimento, ai sensi del successivo comma 5, non si dà luogo alla restituzione dell'imposta di registro corrisposta nella misura del 3 per cento, applicata in relazione alla quota di canone assimilata ad acconti prezzo, anche nel caso in cui il concedente proceda alla restituzione di tali somme al conduttore. Tale principio appare coerente con i chiarimenti già forniti da questa amministrazione in relazione all'imposta di registro corrisposta in occasione della registrazione dei contratti preliminari di vendita con la circolare 10 giugno 1986, n. 37. In tale sede, è stato, infatti, chiarito che nel caso in cui a seguito della conclusione del contratto preliminare non si proceda alla stipula del definitivo, le somme riscosse in sede di registrazione del preliminare rimarranno definitivamente acquisite all'erario.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché i principi enunciati e le istruzioni fornite con la presente circolare vengano puntualmente osservati dalle Direzioni provinciali e dagli Uffici dipendenti.

IL DIRETTORE DELL'AGENZIA"

disciplina fiscale in materia di trasferimenti immobiliari. È stato inoltre previsto il trattamento fiscale del mancato acquisto quando non si abbia la conclusione del contratto di compravendita.

L'Agenzia seziona l'istituto in tre elementi negoziali caratterizzanti: il godimento dell'immobile verso il pagamento di canoni per il periodo precedente l'esercizio del diritto di acquisto, l'imputazione di una quota del canone a corrispettivo della successiva compravendita del bene e l'esercizio del diritto del conduttore di acquistare il bene (o il mancato esercizio di tale diritto). Sul piano squisitamente fiscale la circolare a trecentosessanta gradi per il caso in cui l'acquisto avvenga si occupa delle imposte sui redditi e dell'IRAP, del regime IVA, delle imposte di registro, ipotecaria e catastale, separando l'ipotesi in cui l'esercizio del diritto di acquisto del bene immobile abbia quale destinatario un concedente che agisce in regime d'impresa dall'ipotesi in cui il destinatario dell'esercizio del diritto sia invece un soggetto che non agisce in regime d'impresa.

Come sempre più spesso avviene l'Agenzia premette alla trattazione squisitamente fiscale dell'istituto, di sua competenza, un inquadramento civilistico dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, peraltro limitato al riepilogo del contenuto della norma introduttiva della nuova fattispecie negoziale ed al richiamo delle norme codicistiche sulla trascrizione nei Registri Immobiliari alle quali essa fa riferimento. L'obiettivo dell'inquadramento è l'individuazione dei momenti da assoggettare ad imposta. Sul piano civilistico, da alcune affermazioni⁴ dell'Agenzia, sembra trarre conforto e conferma la tesi espressa secondo la quale la facoltà, quindi la libertà in assoluta assenza di vincoli, di esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore sia elemento caratterizzante il negozio.

Come anticipato la Circolare reca un efficace riepilogo della normativa fiscale in tema di godimento e trasferimento immobiliare. All'inquadramento civilistico del paragrafo 1 seguono nel paragrafo 2 le affermazioni di principio sulle quali è fondata la ricostruzione normativa che ad esse segue. Il primo principio è che il godimento dell'immobile a fronte della quota di canone ad esso imputata deve essere assimilato ai fini fiscali alla locazione dell'immobile tanto per le imposte dirette quanto per le imposte indirette. Il secondo principio è che la quota di canone che il conduttore corrisponde imputandola al corrispettivo del trasferimento, come previsto dalla norma introduttiva dell'istituto, ai fini fiscali deve essere assimilata agli acconti

di prezzo in una normale compravendita di immobile. Il terzo ed ultimo principio è che in caso di esercizio del diritto di acquisto dell'immobile da parte del conduttore si applica in pieno la normativa fiscale prevista per i trasferimenti immobiliari, ovviamente tenendo conto delle particolarità derivanti dal versamento di anticipazioni. Anche per la quota di canone imputata a corrispettivo per il trasferimento la circolare sottolinea che le asserite parificazioni riguardano tanto le imposte dirette che le indirette.

Le normative applicabili sono puntualmente ricostruite e riepilogate nel testo della Circolare riportata in nota al quale si rinvia. Qui si vuole solo dare una bussola minima che in via descrittiva sintetizzi l'architettura del documento dell'Agenzia delle Entrate.

Il paragrafo 3 è dedicato alla fase di godimento, con riferimento prima ai concedenti che agiscono in regime d'impresa e poi a quelli che in tale regime non operano. Per entrambe le categorie si analizza il regime impositivo ai fini delle imposte dirette ed indirette sia per la quota di canone per il godimento sia per la quota di canone versata quale acconto prezzo. Per il soggetto imprenditore l'imposizione diretta è analizzata con riferimento alle due diverse ipotesi degli immobili merce o strumentali e degli immobili patrimonio; è ovviamente considerata anche l'IRAP. Quindi sono esposti e riepilogati in sintesi, sia per il canone di godimento che per l'acconto prezzo, il regime IVA, distinguendo per il primo tra locazione di immobili ad uso abitativo e locazione di immobili strumentali, ed il regime dell'imposta di registro nelle fattispecie soggette o esenti IVA. Per il trattamento fiscale della fattispecie nel periodo del godimento quando il concedente non agisca in regime d'impresa il riferimento, quanto alla imposizione diretta, è, per il canone di godimento, alla disciplina dei redditi fondiari e, quanto all'imposizione indiretta, alla disciplina dell'imposta di registro sulle locazioni da privati. L'acconto prezzo al concedente non imprenditore è sempre regolato dalla norma dell'art. 9 della Tariffa, Parte Prima, che, a chiusura del sistema dell'imposta di registro, prevede l'aliquota del 3% "per gli atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale". È rilevante la precisazione finale secondo la quale qualora l'imposta proporzionale di registro sul canone di locazione e l'imposta proporzionale di registro sull'acconto prezzo risultino complessivamente inferiori all'importo di 200,00 euro sarà dovuta un'unica imposta fissa di 200,00 euro.

Il paragrafo 4, con identico impianto del paragrafo 3 dedicato al godimento, riporta per il trasferimento dell'immobile conseguente all'esercizio del diritto le corrispondenti discipline dettate per le imposte sui redditi, l'IRAP, l'IVA, l'imposta di registro e, trattandosi ormai di trasferimento, le imposte ipotecaria e catastale. È quanto mai opportuna la precisazione fatta dall'Agenzia quanto all'applicabilità della disci-

⁴ CIRCOLARE N. 4/E del 19 febbraio 2015, par. 3.1.1, 9: «Di conseguenza, lo schema giuridico che caratterizza la norma in esame non è riconducibile alla locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti e, pertanto, non trova applicazione la disposizione di cui all'articolo 109, comma 2, lettera a), ultimo periodo».

plina del prezzo-valore e dello scomputo delle imposte versate sull'acconto di prezzo e/o sulla caparra confirmatoria previsto dall'art. 10 della Tariffa, Parte Prima, del TUR con riferimento espresso ai contratti preliminari.

Il paragrafo 5 sintetizza molto opportunamente il trattamento fiscale del mancato acquisto quando non si abbia la conclusione del contratto di compravendita. Anche qui la scriminante di fondo per la disamina è la distinzione tra concedente imprenditore e non imprenditore. Per ciascuna delle categorie sono poi contemplati il mancato acquisto per mancato esercizio del diritto di acquisto ed il mancato acquisto a causa di risoluzione per inadempimento, nonché i loro effetti, a seconda dei soggetti interessati, sulle imposte sui redditi, sull'IRAP, sull'IVA e sull'imposta di registro. Nel caso del mancato esercizio del diritto di acquisto il concedente, sia imprenditore sia non imprenditore, accusa come reddito la sola quota di acconto prezzo trattenuta a titolo indennitario per previsione contrattuale, che costituirà però per l'imprenditore un componente positivo del reddito rilevante ai fini della determinazione del reddito d'impresa e per il non imprenditore un reddito diverso derivante dall'assunzione di obblighi di permettere ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. l, del TUIR. Lo stesso trattamento fiscale è riservato al concedente imprenditore e non imprenditore nel caso di mancato acquisto dovuto a risoluzione per inadempimento del conduttore. Nel caso invece di mancato acquisto dovuto a risoluzione per inadempimento del concedente imprenditore assumono rilevanza, ai fini delle imposte sui redditi, come interessi passivi, i soli interessi legali che il concedente dovrà corrispondere al conduttore al momento della restituzione della quota imputata a corrispettivo. Per l'IVA la restituzione delle quote versate quale acconto prezzo comporterà in ogni caso l'emissione di una nota di variazione sia nel caso di mancato esercizio del diritto di acquisto sia nel caso di risoluzione per inadempimento; quanto trattenuto a titolo indennitario sarà assoggettato ad IVA nella misura ordinaria prevista per le prestazioni di servizi di cui all'art. 3 del d.P.R. 633/1972 nel caso di mancato esercizio del diritto, in quanto penalità sarà invece escluso dal campo di applicazione dell'IVA ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. 633/1972 nel caso di risoluzione per inadempimento del conduttore. Infine le somme corrisposte a titolo di imposta di registro in tutti i casi non devono essere restituite in conformità a quanto chiarito con la Circolare 10.6.1987 n. 37 per i contratti preliminari non seguiti dalla conclusione del contratto definitivo.

A commento aggiunge solo che la Circolare non è proprio di facile lettura a causa della necessaria schematizzazione che rende problematico percepire con immediatezza le differenze e le identità di disciplina delle varie ipotesi, ma anche a causa dell'estrema sintesi che ne è anche il pregio. Forse il documento risente

nell'esposizione, non sempre chiarissima, dell'urgenza con la quale è stato redatto, ma di questo l'operatore del diritto avrà poco da lagnarsi dato l'indubbio contributo positivo apportato dalla Circolare.

In conclusione due riflessioni.

La prima è che non si capisce perché l'Agenzia delle Entrate faccia riferimento nella Circolare dedicata ai contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili al trattamento fiscale delle scritture private non autenticate; tutta la disciplina del nuovo istituto è imperniata sulla tutela che ad esso deriva dalla trascrizione nei Registri Immobiliari per accedere alla quale è *condicio sine qua non* la redazione del contratto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Quanto meno avrebbe dovuto proseguire specificando i possibili rimedi alla carenza della forma necessaria all'acquisizione delle tutele proprie dell'istituto ed ai loro costi fiscali.

La seconda va all'occasione perduta per assicurare vero successo alla versione italiana del *rent to buy* spingendone l'utilizzo con il riconoscimento di, sia pur modeste, agevolazioni fiscali.

Valeria Bove
Giudice del Tribunale di Napoli

Notifiche penali telematiche ed S.N.T.: un primo bilancio a circa tre mesi dal 15 dicembre 2014

Dal 15 dicembre 2014 le notifiche penali a persone diverse dall'imputato si effettuano per via telematica. L'autrice, soffermandosi sull'evoluzione normativa in tema e sulle caratteristiche del sistema, affronta le questioni interpretative più problematiche (dalla obbligatorietà o meno delle notifiche penali telematiche, alla individuazione dei loro destinatari, all'ambito di operatività del sistema), fino a tratteggiare un primo bilancio, in cui vengono evidenziati pregi e criticità delle notifiche penali telematiche.

sommario

1. La prima volta in cui si è parlato di notifiche penali telematiche in ambito penale e la successiva evoluzione normativa. – **2.** In cosa si differenziano le notifiche penali telematiche ed il Sistema Notifiche Telematiche (SNT)? – **3.** Il (mancato) raccordo tra il comma 9 ed il comma 10 dell'art. 16 d.l. cit.: dal 15 dicembre 2014 le notifiche penali telematiche sono obbligatorie nei (soli) tribunali e nelle (sole) corti di appello? – **4.** I destinatari delle notifiche penali telematiche. – **5.** Come si effettua la notifica con SNT: le novità introdotte dalla normativa. – **6.** Un primo, provvisorio, bilancio - Norme di riferimento.

1. La prima volta in cui si è parlato di notifiche penali telematiche in ambito penale e la successiva evoluzione normativa

Di notifiche telematiche si è iniziato a parlare, per la prima volta in ambito penale, poco più di cinque anni fa: la posta elettronica certificata (di seguito p.e.c.), intesa come strumento di trasmissione telematica delle comunicazioni e notificazioni, è stata infatti introdotta nel processo penale dall'art. 4 («Misure urgenti per la digitalizzazione della giustizia») del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, conv. con modif. in l. 22 febbraio 2010, n. 24 recante «Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario».

Le novità portate dall'art. 4 cit. – al comma 1 – erano date, in primo luogo, dall'individuazione, con decreti ministeriali da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della relativa legge di conversione, di regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione in attuazione dei prin-

cipi previsti dal d.lgv. 7 marzo 2005, n. 82, ossia dal Codice dell'amministrazione digitale (cd C.A.D.), e successive modificazioni; dall'aver previsto – al comma 2 – che nel processo civile e nel processo penale tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica si effettuassero, nei casi consentiti, mediante posta elettronica certificata, ai sensi del c.a.d., del regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata (adottato con d.P.R.11 febbraio 2005, n. 68) e delle regole tecniche stabilite con i decreti ministeriali da adottare a norma del comma 1 cit.

Ma l'art. 4 cit. modificava – ed è ciò che rileva in questa sede – l'art. 51 («Comunicazioni e notificazioni per via telematica») del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, che aveva introdotto, nel (solo) processo civile, il sistema di comunicazioni e notificazioni per via telematica.

Per la prima volta veniva espressamente previsto, come per il processo civile, che negli uffici giudiziari individuati nei decreti del Ministro della giustizia aventi natura non regolamentare ed a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale dovessero essere effettuate per via telematica all'indirizzo di p.e.c., avendo cura, in caso di notificazione o comunicazione che contenesse dati sensibili, di effettuarle solo per estratto con contestuale messa a disposizione, sul sito individuato dall'amministrazione, dell'atto integrale, accessibile dal destinatario con gli strumenti (carta di identità elettronica/carta nazionale dei servizi/servizi offerti dal sistema SPID) indicati all'art. 64 C.A.D.

A monte, quale presupposto operativo, l'obbligo per gli avvocati – in quanto professionisti iscritti in albo istituito con legge dello Stato – di munirsi di p.e.c., imposto dall'art. 16 d.l. 29 novembre 2008, n. 185.

In virtù di quanto disposto dall'art. 51 cit., come modificato dal d.l. n. 193 del 2009, veniva quindi emesso il d.m.g. 21 febbraio 2011 nr. 44 («Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in at-

tuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010, n. 24») e veniva avviata una fase di sperimentazione dei servizi di comunicazione dei documenti informatici presso gli uffici "pilota" del Tribunale e della Procura di Torino.

La decisione allora adottata dal Ministero della giustizia (e tuttora in essere) in ordine alle notifiche penali telematiche è stata infatti quella di utilizzare la casella p.e.c. dedicata per ogni Ufficio giudiziario (nel caso di specie, gli uffici pilota di Torino) ed un applicativo ministeriale, che è appunto il Sistema Notifiche Telematiche, ossia SNT.

La sperimentazione a Torino ha avuto inizio a novembre 2011 ed il 12 settembre 2012 è stato emanato, ai sensi dell'art. 51 co. 2, cit., il decreto del Ministro della giustizia avente natura non regolamentare relativo al Tribunale ed alla Procura della Repubblica di Torino che, dopo la sua pubblicazione, dava valore legale alle notificazioni effettuate (sempre in quei due uffici) tramite p.e.c. ed eseguite, nel caso specifico, attraverso l'applicativo ministeriale SNT¹.

E così, se da allora ad oggi (*rectius* al 15 dicembre 2014) solo gli uffici giudiziari di Torino si sono avvalsi, con valore legale, dell'applicativo ministeriale SNT per le notifiche penali telematiche a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2 del codice di procedura penale, parimenti l'unico decreto ministeriale avente natura non regolamentare emesso ai sensi del comma 2 dell'art. 51 cit. e finora adottato è stato proprio quello del 12 settembre 2012, relativo al Tribunale ed alla Procura della Repubblica di Torino.

Il quadro normativo (e con esso la diffusione delle notifiche penali telematiche) è mutato con l'abrogazione dell'art. 51 cit. ad opera dell'art. 16 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 17 pubblicato in Gazz. Uff. n.245 del 19 ottobre 2012 - Suppl. Ordinario n. 194 ed entrato in vigore il 20 ottobre 2012, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 (in S.O. n. 208, relativo alla Gazz. Uff. 18 dicembre 2012, n. 294).

L'art. 16 («Biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica») del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 recante «Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese» è, a tutt'oggi, la principale fonte

¹ Il 28.11.2011 è stata avviata la fase di sperimentazione del sistema SNT presso gli uffici pilota della Procura e del Tribunale di Torino e con d.m.g. del 12 settembre 2012, pubblicato in Gazz. Uff. 15 settembre 2012 (Avvio delle comunicazioni e notificazioni per via telematica presso il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino - settore penale), è stata accertata, ai sensi dell'art. 51 comma 2 cit. la funzionalità dei servizi di comunicazione ed è stato stabilito che presso gli indicati uffici le notifiche e le comunicazioni per cui vi era stata la sperimentazione venissero effettuate per via telematica.

normativa di riferimento ed è questa la disposizione che disciplina le comunicazioni e notificazioni per via telematica a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale.

Si tratta tuttavia di una norma che non ha sancito l'immediata operatività delle notifiche penali telematiche. Per essa si è dovuto attendere la legge di stabilità del 2013 (l. 24 dicembre 2012, n. 228) che, all'art. 1, comma 19, lettera a), ha introdotto la lettera *c-bis* dell'art. 16, comma 9 ed ha modificato l'art. 16, comma 9, lettera d), cit., così espressamente prevedendo che, a decorrere dal 15 dicembre 2014, le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, co. 2 del codice di procedura penale, siano eseguite attraverso lo strumento della p.e.c., nei procedimenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello.

2. In cosa si differenziano le notifiche penali telematiche ed il Sistema Notifiche Telematiche (SNT)?

Una volta tratteggiata, sia pur in sintesi, l'evoluzione normativa di settore, risulta più chiara la differenza tra le notifiche penali telematiche ed il Sistema Notifiche Telematiche.

Le prime, infatti, altro non sono che le comunicazioni e le notificazioni trasmesse per via telematica, mediante la posta elettronica certificata.

Il Sistema Notifiche Penali è invece lo strumento applicativo individuato dal Ministero della giustizia per procedere alle notifiche telematiche penali mediante p.e.c. ed, allo stato, è l'applicativo utilizzato da tutti i Tribunali.

Il sistema è *web-based*² ed è in grado di gestire, monitorare, controllare ed archiviare il flusso di informazioni e documenti da notificare (e già notificati) e da comunicare (o già comunicati).

L'applicativo in questione è utilizzato dal personale amministrativo, in quanto organo deputato alle notifiche e comunicazioni, e non è consultabile, neanche in modalità "lettura" dai magistrati o dai destinatari degli atti: questa circostanza, unitamente al fatto di non essere un gestore documentale ma solo uno strumento applicativo per procedere alla trasmissione per via telematica delle notifiche penali (e per conservarle) rende necessaria la stampa cartacea del *report* della notifica, denominato "artefatto", nel quale sono contenuti i dati relativi alla notifica effettuata e l'esito della stessa.

² Quando si parla di software "*web-based*" si fa riferimento ad un programma utilizzabile da qualunque PC ed in cui tutte le funzioni sono accessibili con un normale *web-browser*, quale può essere ad esempio *Explorer*, senza dunque alcuna necessità di installare un software apposito.

3. Il (mancato) raccordo tra il comma 9 ed il comma 10 dell'art. 16 d.l. cit.: dal 15 dicembre 2014 le notifiche penali telematiche sono obbligatorie nei (soli) tribunali e nelle (sole) corti di appello?

Una prima criticità interpretativa, di non facile soluzione, investe i commi 9 e 10 dell'art. 16 d.l. cit., caratterizzati da un evidente, mancato raccordo.

A norma della lettera *c-bis* dell'art. 16, comma 9 cit. le disposizioni dei commi 4-8 (e quindi relative alle notificazioni da effettuarsi per via telematica) acquistano efficacia «a decorrere dal 15 dicembre 2014 per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, co. 2 del codice di procedura penale, nei procedimenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello».

La disposizione sembra quindi sancire un'immediata obbligatorietà a decorrere dal 15 dicembre 2014 delle disposizioni relative alle notificazioni telematiche, rivolte agli indicati soggetti: essa, tuttavia, è in contrasto con la disposizione contenuta, sempre nel menzionato articolo, ma al successivo comma 10, che richiede anche in tali casi (oltre a quelli riguardanti uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti di appello) l'adozione del decreto del Ministro della giustizia avente natura non regolamentare, emesso dopo aver sentito l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, nel quale vengono appunto individuati gli uffici giudiziari in cui operano le disposizioni per le notificazioni penali telematiche ai destinatari sopra menzionati³.

Con la sola eccezione del Tribunale e della Procura di Torino, per nessun altro ufficio è stato emesso il decreto ministeriale attuativo avente natura regolamentare previsto dall'art. 16, co. 10 del d.l. cit. e ciò nonostante, a quel che risulta, la maggior parte di essi ha proceduto, a decorrere dal 15 dicembre 2014 alle notifiche penali telematiche.

Il Tribunale di Napoli si colloca in questo ambito.

Si è infatti ritenuto che, rientrando esso in quegli uffici giudiziari (tribunali e corti di appello) per i quali l'art. 9, co. 9, lett. *c-bis* cit. ha individuato *ex novo* una data (il 15 dicembre 2014) per l'immediata efficacia delle disposizioni relative alle notificazioni telematiche, non fosse più necessaria l'emanazione del decreto ministeriale attestante l'idoneità funzionale dei servizi di comunicazione, fondandosi tale prescrizione su una disposizione normativa (il comma 10) adottata in precedenza e comunque superata dall'art. 1 comma 19, n. 1), lett. a) della l. 24 dicembre 2012, n. 228 che ha individuato una data certa che ha reso obbligatorie le notificazioni indicate nei tribunali e corti di appello.

In altri termini, malgrado non si sia proceduto, in sede di adozione della legge di stabilità, a raccorda-

re tra loro la (nuova) lettera *c-bis* del comma 9 ed il comma 10, si è ritenuto che tale ultima disposizione normativa sia stata superata dalla successiva modifica legislativa del comma 9 così come introdotta con la l. 24 dicembre 2012, n. 228.

Una lettura in questo senso appare in linea con la circolare ministeriale datata 11 dicembre 2014 a firma congiunta del Direttore Generale della Giustizia Penale e del Direttore Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (nella quale si puntualizza – p. 2 e ss. – che l'applicazione a far data dal 15 dicembre 2014 è sicuramente obbligatoria per i tribunali e le corti di appello) ma sembra contrastare con quanto affermato dall'ufficio del massimario della Corte di Cassazione nella relazione n. 66/2014 redatta il 16 dicembre 2014, nella quale, alla p. 18, sembra propendersi per una interpretazione letterale della (sola) disposizione di cui al comma 10 lett. b) cit. e quindi per la necessità dell'emanazione, in ogni caso, del decreto ministeriale non regolamentare.

A completamento del discorso, la questione relativa all'obbligatorietà delle notifiche in via telematica nelle procure della Repubblica e nelle procure generali presso le corti d'appello: sul punto la circolare ministeriale citata precisa che le notifiche telematiche sono "consentite" anche nella fase delle indagini sin dal momento dell'iscrizione della notizia di reato *ex art. 335 c.p.p.*, salvo poi, in altri passaggi argomentativi, escluderne l'obbligatorietà per alcuni uffici (Corte di Cassazione, uffici del giudice di pace, tribunale per i minorenni – e relative procure – ed uffici di sorveglianza, per i quali l'entrata in vigore si ritiene differita al quindicesimo giorno successivo a quello di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei decreti di natura non regolamentare con i quali il Ministero della giustizia, previa verifica, accerterà la funzionalità dei servizi di comunicazione), così lasciando implicitamente intendere che il termine "consentite" sia stato inteso come sinonimo di "obbligatorie".

Nei fatti, almeno per quanto riguarda la Procura della Repubblica di Napoli e la Procura Generale presso la Corte di Appello di Napoli, entrambi gli uffici stanno procedendo alle notifiche penale telematiche attraverso SNT.

4. I destinatari delle notifiche penali telematiche

Altra questione giuridica di rilievo riguarda l'individuazione dei destinatari delle notifiche penali telematiche.

Il legislatore parla a tal proposito di «persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale».

L'interpretazione che è stata data dal Tribunale di Napoli è nel senso di ritenere che l'obbligatorietà delle comunicazioni e delle notificazioni, attraverso il sistema SNT, valga per i soli difensori e non anche

³ In altri termini, il decreto non regolamentare come quello (allo stato l'unico) emesso il 12 settembre 2012 per il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino.

per le altre parti, diverse dall'imputato (nei confronti dell'imputato, il legislatore esclude espressamente la possibilità di procedervi).

Si è trattato di una scelta prudenziale, in considerazione dell'iniziale avvio di SNT e quindi della opportunità di sondare, sul campo, la sua operatività ed efficacia, prima di procedere al ricorso massivo al sistema per ogni forma di comunicazione e notificazione.

Ma si è trattato di una scelta comunque fondata sulle norme e sulla loro interpretazione letterale.

L'unica disposizione, tra le norme richiamate, che indica anche quali siano le persone diverse dall'imputato, individuandole specificatamente, è infatti l'art. 148 co. 2-*bis* c.p.p., nel quale sono menzionati i soli difensori e non anche altre parti (pubbliche o private che siano).

Ne consegue che le modalità diverse di notificazione o comunicazione degli avvisi stabilite dall'art. 148 comma 2-*bis*, c.p.p. sono utilizzabili – senza che sussistano situazioni d'urgenza o circostanze particolari che richiedano l'emissione di un decreto *ad hoc* che le giustifichi – esclusivamente per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori⁴.

Se questo determina, per il momento, un ambito applicativo del sistema più limitato, è pur vero che tra i difensori vengono ricompresi anche il difensore domiciliatario dell'indagato/imputato ed anche il difensore della persona offesa (domiciliatario *ex lege* del secondo ai sensi dell'art. 33 disp. att. c.p.p.).

Un'interpretazione in questo senso è enucleabile dalla pronuncia a Sezioni unite (Cass., sez. un. 28 aprile 2011, n. 28451) che ha espresso il principio di diritto secondo cui la notificazione di un atto all'imputato o ad altra parte privata, in ogni caso in cui possa o debba effettuarsi mediante consegna al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148 co. 2-*bis* c.p.p. e questa decisione consente di estendere il principio anche alle notifiche penali telematiche realizzate a mezzo p.e.c., potendosi esse considerare un "mezzo idoneo".

5. Come si effettua la notifica con SNT: le novità introdotte dalla normativa

Per sapere interpretare una notifica penale telematica, e quindi per valutare e decidere se una notifica eseguita telematicamente è andata a buon fine e non presenta vizi, è necessario conoscere quali sono le modalità della notifica, cui vi procede solo il personale di cancelleria e segreteria, previamente abilitato ad accedere al sistema, ed unico organo deputato ad effettuare le notifiche con tale applicativo.

È dunque necessario che l'atto originale da notificare sia previamente scansionato in formato PDF, in-

serito nel sistema, classificato e inviato secondo le modalità previste nel *vademecum breve*, ossia nel manuale d'uso del sistema, trasmesso dalla Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (D.G.S.I.A.) a tutto il personale amministrativo degli uffici giudiziari.

Gli atti vengono trasmessi tramite la p.e.c. di sistema agli indirizzi che risultano inseriti in REGINDE (registro generale indirizzi elettronici gestito dal Ministero della Giustizia ai sensi del D.M. 44/2011) che contiene i dati identificativi nonché l'indirizzo di posta elettronica certificata dei soggetti abilitati esterni, nel nostro caso, come detto, limitato agli avvocati iscritti ai diversi Consigli dell'Ordine: la preparazione e l'invio della PEC consiste quindi nel selezionare l'indirizzo p.e.c. dell'avvocato dal REGINDE (per converso, l'avvocato sprovvisto di p.e.c. viene segnalato con un apposito simbolo accanto al nome).

L'invio della p.e.c. viene registrato nel sistema con un numero, attribuito in ordine cronologico, nonché con un id mail e rimane in attesa dell'esito dell'invio. Dopo pochi minuti il sistema genera una sorta di ricevuta, che è appunto il cd "artefatto", da cui possono ricavarsi i dati utili per la verifica della correttezza della notifica e che, come visto in precedenza, va stampato ed inserito nel fascicolo penale, quale prova di effettuata notifica.

Si tratta di un sistema migliore rispetto a quello della posta elettronica certificata ordinaria perché garantisce l'archivio (per alcuni anni), la gestione e il controllo dei flussi; rispetto ad altri applicativi (del tipo TIAP) esso non ne presenta gli stessi vantaggi, non essendo un gestore documentale.

La più rilevante novità della normativa è data dal deposito in cancelleria.

L'art. 16 co. 6 cit. prevede infatti il deposito in cancelleria nei casi in cui la trasmissione via p.e.c. non vada a buon fine per causa imputabile al destinatario.

Le ipotesi – in linea con le numerose pronunce di legittimità che fanno carico al difensore di osservare la necessaria diligenza per consentire la notificazione degli avvisi – sono così riassumibili:

- indisponibilità del sistema di posta del destinatario (non viene restituita la notifica);
- utente sconosciuto (indirizzo p.e.c. non esistente al REGINDE o mal comunicata);
- casella del destinatario piena (*mail box full*);
- mancanza di indirizzo p.e.c. o p.e.c. non attiva;
- la p.e.c. è quella di posta italiana (.GOV.IT) che non consente di verificare se la notifica è andata a buon fine.

La notifica depositata in cancelleria è a disposizione dell'Avvocato, il quale, però, per estrarne copia, dovrà pagare, per legge, il decuplo dei diritti normalmente dovuti ed in questo caso, almeno al Tribunale di Napoli, sono state date disposizioni secondo cui, oltre all'artefatto, va inserito nel fascicolo anche la stampa

⁴ In questo senso anche l'interpretazione e le differenze tratteggiate dalle Sezioni unite nell'esame comparativo degli articoli 148 co. 2-*bis* c.p.p. e 150 c.p.p. (Cass., sez. un. 28 aprile 2011, n. 28451).

della p.e.c. non inviata, che indicherà i motivi della mancata notifica.

L'art.16 co. 8 cit. stabilisce che quando la notificazione non si è potuta effettuare telematicamente per causa non imputabile al destinatario, "si applicano gli articoli 148 e seguente del codice di procedura penale" (è questa, a titolo esemplificativo, l'ipotesi del server di posta momentaneamente non disponibile o la situazione connessa a problemi di rete) ed a tale situazione si ritiene possa essere assimilata anche quella in cui la notifica non va a buon fine, per cause non immediatamente verificabili.

In tutti questi casi è opportuno (nel primo caso è necessario) procedere alla notifica con le modalità tradizionali, contestualmente interessando il Consiglio professionale competente al fine di verificare e rimuovere gli eventuali ostacoli al corretto funzionamento della PEC.

6. Un primo, provvisorio, bilancio

Al momento in cui si scrive sono passati poco più di tre mesi dal 15 dicembre 2014 e le notifiche penali telematiche, quanto meno al Tribunale di Napoli, sono partite, anche se con le limitazioni che si sono indicate ed allo stato tutto il distretto di Napoli continua ad essere, in Italia, quello con il maggior numero di comunicazioni eseguite telematicamente mediante SNT.

Un primo bilancio può quindi essere tracciato, avendo ben chiaro, in premessa, che l'applicativo ministeriale utilizzato (SNT) non è un gestore documentale, ma solo uno strumento per la trasmissione in forma telematica delle comunicazioni e notificazione.

I risvolti positivi sono vari (le notifiche sono immediate; si evita il passaggio per l'UNEP, con "recupero" degli ufficiali giudiziari per altre attività; una volta a regime ed esteso anche alle altre parti, i tempi per la trasmissione delle notifiche si dovrebbero velocizzare etc etc), ma varie sono le criticità riscontrate.

Ad alcune di esse si è fatto fronte – quanto meno al Tribunale di Napoli – in apposite riunioni con il Consiglio dell'ordine e le Camere penali: di qui l'istituzione di un punto al *front office* per agevolare la consultazione dei depositi in cancelleria o la trasmissione al Consiglio dell'ordine ed alla Camera penale, con cadenza settimanale, di un file elaborato dal Tribunale in cui sono contenuti – depurati dai dati sensibili relativi all'indagato/imputato – i depositi in cancelleria ed i nominativi degli avvocati che non risultano ancora muniti di p.e.c.

Altre sono state via via affrontate ed in parte superate (la lentezza del sistema; la difficoltà di "caricare" file troppo pesanti); altre ancora, emergono volta per volta (si pensi ai messaggi che alcune volte genera il sistema, spesso non contemplati nel *vademecum breve*, e dunque non interpretabili in modo certo).

Di recente, ad esempio, il problema delle omonimie tra gli avvocati: in tali casi (ipotesi nient'affatto rare) occorrerebbe avere del destinatario, per essere certi della sua identità, quanti più dati identificativi, primo fra tutti l'indirizzo p.e.c., o il codice fiscale, elemento, quest'ultimo, che giammai viene indicato nelle nomine, né in quelle d'ufficio, né in quelle di fiducia. Se poi si considera che il sistema non consente al destinatario della notifica di rifiutarla o di evidenziare, in risposta, un problema di omonimia e l'eventuale errata trasmissione di essa notifica (il sistema, in assoluto, non consente al destinatario di un atto di "rispondere"), allora appare evidente che difficilmente potrà essere rinnovata, in tempo utile, la notifica errata, con inevitabili ripercussioni future sulla sua validità.

Altro inconveniente è dato poi dalla circostanza che tale applicativo, accessibile unicamente dal personale amministrativo abilitato ad effettuare le notifiche e non consultabile in alcun modo dai magistrati, neanche in modalità cd "lettura", se da un lato impedisce il superamento della carta, dall'altro può dare luogo ad un prolungamento dei tempi nella trattazione delle procedure.

Si parla infatti, con grande enfasi, di notifiche penali telematiche, quasi ad echeggiare un sistema di comunicazione che supera quello tradizionale caratterizzato dalla trasmissione di atti cartacei, per approdare ad inoltri di atti esclusivamente per via telematica, e pur tuttavia quella trasmissione non può prescindere dalla "carta", ossia – e quanto meno – da quell'artefatto, contenente i dati sintetici relativi agli esiti della notifica effettuata, che viene inserito nel fascicolo a riprova, appunto, della notificazione telematica eseguita con il sistema.

È dunque evidente che ove mai sorgessero contestazioni in udienza ad opera delle parti in ordine ad una notifica, quanti più dati "cartacei" sono inseriti nel fascicolo, tanto più sarà possibile rispondere e superare le eventuali eccezioni sollevate, e questo spiega per quale motivo è stato previsto (quanto meno per il Tribunale di Napoli) che nei casi di notifica che ha dato luogo al deposito in cancelleria, sia inserito in atti l'artefatto ed anche la copia della p.e.c., ma ciò non toglie che, qualora l'eccezione non possa essere risolta con la documentazione versata nel fascicolo (e se relativa alla notifica di un atto del PM o antecedente alla fissazione del giudizio, versata nel fascicolo di questi), sarà necessario per il giudice o visionare la notifica al sistema, facendovi accedere il proprio cancelliere di udienza, o, inevitabilmente, rinviare l'udienza per acquisire nelle more la prova documentale della trasmissione, con inevitabile dilazione dei tempi nella trattazione della procedura.

In un'ottica di ottimizzazione delle risorse, fra cui quelle dei sistemi informatici, anche per SNT e più in generale per le notifiche per via telematica è richiesta, al fine di ottimizzarne al massimo gli effetti, la massi-

ma diffusione, e non solo nei confronti dei destinatari che devono essere tutti muniti di p.e.c., ma anche fra uffici giudiziari, soprattutto se di grado diverso.

Alcune eccezioni relative alla notifica degli atti possono essere infatti sollevate in ogni stato e grado del procedimento, ed è quindi evidente che il sistema sarà efficace solo se la sua diffusione e consultazione sia attuabile agevolmente in ogni grado del procedimento e presso ogni ufficio giudiziario precedente e solo se i dati relativi ai flussi delle notifiche verranno mantenuti nel sistema per un numero considerevole di anni (tenuto conto che vi sono fascicoli per i quali i termini di prescrizione, o comunque di definizione della procedura con sentenza irrevocabile, possono essere molto lunghi e sicuramente superiori ai dieci anni – che dovrebbe corrispondere al tempo di archiviazione massima della notifica –).

Si tratta, tuttavia, di correttivi e potenziamenti che allo stato non è dato sapere se verranno o meno realizzati e fino a quando essi non saranno effettivi, difficilmente potrà sostenersi che le notifiche telematiche con SNT siano, a pieno titolo e sotto ogni aspetto, un'efficace e valida alternativa ai tradizionali mezzi di notificazione.

Norme di riferimento

Art. 4 («Misure urgenti per la digitalizzazione della giustizia») d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, conv. con modif. in l. 22 febbraio 2010, n. 24 recante «Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario»

1. *Con uno o più decreti del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, sentito il Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione e il Garante per la protezione dei dati personali, adottati, ai sensi dell'articolo 17 comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono individuate le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Le vigenti regole tecniche del processo civile telematico continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore dei decreti di cui ai commi 1 e 2.*

2. *Nel processo civile e nel processo penale, tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica si effettuano [nei casi consentiti], mediante posta elettronica certificata, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e delle regole tecniche stabilite con i decreti previsti dal comma 1. Fino alla data di entrata in vigore dei predetti decreti, le notificazioni e le comunicazioni sono effettuate nei modi e nelle forme previste dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.*

Art. 51 («Comunicazioni e notificazioni per via telematica») del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 e modificato dal d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24.

1. *A decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti di cui al comma 2, negli uffici giudiziari indicati negli stessi decreti, le notificazioni e le comunicazioni di cui al primo comma dell'articolo 170 del codice di procedura civile, la notificazione di cui al primo comma dell'articolo 192 del codice di procedura civile e ogni altra comunicazione al consulente sono effettuate per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui all'articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2. Allo stesso modo si procede per le notificazioni e le comunicazioni previste dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale. La notificazione o comunicazione che contiene dati sensibili è effettuata solo per estratto con contestuale messa a disposizione, sul sito internet individuato dall'amministrazione, dell'atto integrale cui il destinatario accede mediante gli strumenti di cui all'articolo 64 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.*

2. *Con uno o più decreti aventi natura non regolamentare, da adottarsi entro il 1° settembre 2010, sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione, individuando gli uffici giudiziari nei quali trovano applicazione le disposizioni di cui al comma 1.*

Art. 16 («Riduzione dei costi amministrativi a carico delle imprese») d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 29 gennaio 2009, n. 2.

Omissis

7. *I professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato comunicano ai rispettivi ordini o collegi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata o analogo indirizzo di posta elettronica di cui al comma 6 entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Gli ordini e i collegi pubblicano in un elenco riservato, consultabile in via telematica esclusivamente dalle pubbliche amministrazioni, i dati identificativi degli iscritti con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.*

Omissis

Art. 16 («Biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica») d.l. 18 ottobre 2012, n. 17 convertito con modificazioni dalla l. 17 dicem-

bre 2012, n. 221 («Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese») e come modificato dall'art. 1, comma 19, lettera a) della l. 24 dicembre 2012 n. 228

Omissis

«4. Nei procedimenti civili le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale. La relazione di notificazione è redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria.

5. La notificazione o comunicazione che contiene dati sensibili è effettuata solo per estratto con contestuale messa a disposizione, sul sito internet individuato dall'amministrazione, dell'atto integrale cui il destinatario accede mediante gli strumenti di cui all'articolo 64 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

6. Le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario.

7. Nei procedimenti civili nei quali sta in giudizio personalmente la parte il cui indirizzo di posta elettronica certificata non risulta da pubblici elenchi, la stessa può indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale vuole ricevere le comunicazioni e notificazioni relative al procedimento. In tale caso le comunicazioni e notificazioni a cura della cancelleria, si effettuano ai sensi del comma 4 e si applicano i commi 6 e 8. Tutte le comunicazioni e le notificazioni alle pubbliche amministrazioni che stanno in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti sono effettuate esclusivamente agli indirizzi di posta elettronica comunicati a norma del comma 12.

8. Quando non è possibile procedere ai sensi del comma 4 per causa non imputabile al destinatario, nei procedimenti civili si applicano l'articolo 136, terzo comma, e gli articoli 137 e seguenti del codice di procedura civile e, nei procedimenti penali, si applicano gli articoli 148 e seguenti del codice di procedura penale.»

9. Le disposizioni dei commi da 4 a 8 acquistano efficacia: a) a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, per le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria di cui sono destinatari i difensori, nei procedimenti civili pendenti dinanzi ai tribunali e alle corti d'appello che, alla predetta data sono già stati individuati dai decreti ministeriali previsti dall'articolo 51, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112

convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133; b) a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto per le comunicazioni e le notificazioni di cui alla lettera a), per i procedimenti civili pendenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello che alla data di entrata in vigore del presente decreto non sono stati individuati dai decreti ministeriali previsti dall'articolo 51, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133; c) a decorrere dal trecentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto per le comunicazioni e le notificazioni di cui ai commi 4 e 7, dirette a destinatari diversi dai difensori nei procedimenti civili pendenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello; c-bis) a decorrere dal 15 dicembre 2014 per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale nei procedimenti dinanzi ai tribunali e alle corti di appello⁵;

d) a decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti di cui al comma 10 per gli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti d'appello⁶.

10. Con uno o più decreti aventi natura non regolamentare, sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense e i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione, individuando: a) gli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti di appello nei quali trovano applicazione le disposizioni del presente articolo; b) gli uffici giudiziari in cui le stesse disposizioni operano per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale.

11. I commi da 1 a 4 dell'articolo 51 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono abrogati.

⁵ La lettera c) *bis* è stata introdotta dall'art. 1, comma 19, lettera a) della l. 24 dicembre 2012 n. 228.

⁶ La lettera d) è stata modificata dall'art. 1, comma 19, lettera a) della l. 24 dicembre 2012 n. 228. Il testo precedente era il seguente: d) a decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti di cui al comma 10 per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale, e per gli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti d'appello.

Recensioni

LA LEGISLAZIONE PENALE IN MATERIA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA, MISURE DI PREVENZIONE ED ARMI. A cura di Vincenzo Maiello, Giappichelli, 2015, 266
di Andrea Alberico



La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi a cura di Vincenzo Maiello, Giappichelli, 2015

Il volume curato dal Prof. Vincenzo Maiello chiude il *Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto dai Proff. Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero.

Si inserisce perfettamente nello stile e nella filosofia dell'intera opera, attraverso la sapiente armonizzazione tra l'esperienza del diritto penale *in action* e riflessioni più tipicamente *in the books*.

Il tema della "Legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi" si segnala certamente per la sua pregnante difficoltà di trattazione e per la scarsa passione che la manualistica tradizionale e la dottrina vi hanno dedicato, a scapito della quotidiana e sofferta pratica giudiziaria.

Il che rende ancor più apprezzabile ed unico questo lavoro che, per l'ampiezza dei contenuti e la profondità dell'analisi, si propone di colmare – e colma certamente – un vuoto di 'fonte conoscitiva' per l'operatore del diritto, sia esso giudice, avvocato o studioso teorico.

Il volume risponde ad una logica ben precisa: affrontare congiuntamente, sia sul versante sostanziale che su quello processuale, le disposizioni extracodistiche che il legislatore dedica alla repressione della criminalità organizzata ed alla disciplina in materia di armi, esplosivi e munizioni.

Peraltro, la precisa struttura del testo garantisce una facile consultazione per il lettore, che sarà immediatamente orientato verso le tematiche di interesse attraverso la minuziosa separazione degli argomenti affrontati.

Sono così discussi temi più e meno noti della legislazione antimafia, con analisi teorica e casistica *a)* del reato previsto dall'art. 12-*quinquies* d.l. n. 306/92; *b)* della confisca cd. "per sproporzione" disciplinata dall'art. 12-*sexies* d.l. citato; *c)* delle circostanze aggravanti ed attenuanti regolate dagli artt. 7 e 8 del d.l. n. 152/1991, senza trascurare la normativa antiriciclaggio e l'aggravante della transnazionalità, introdotta proprio al fine di stigmatizzare la portata ormai ubiquitaria di taluni crimini connessi all'attività delle associazioni criminali di matrice mafiosa.

Si affrontano gli istituti che regolano il trattamento penitenziario dei condannati per reati di 'ambientazione mafiosa', soffermandosi in particolare sulla politica del cd. "doppio binario" e sul discusso regime carcerario *ex art. 41-bis* ord. pen.

Ciascun tema è proposto al lettore partendo dall'analisi storica dell'istituto, con ricerca della *ratio legis* e disamina delle ricostruzioni della dottrina. A ciò è costantemente affiancato lo studio dei più significativi ed attuali pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità e dei più rilevanti arresti di merito. Ne risulterà un'esposizione oltremodo esaustiva ed immediatamente fruibile, nonostante le asperità della materia.

Vero cuore del volume è rappresentato dai capitoli dedicati alle misure di prevenzione ed al relativo procedimento applicativo.

Se, infatti, la disciplina antimafia è solitamente trascurata dalla manualistica tradizionale, quella di prevenzione, al contrario, costituisce un tema che – seppur affrontato – non riceve la dovuta attenzione, finendo per divenire materia riservata a pochi esperti.

Con notevole sforzo espositivo, invece, il volume recensito dedica straordinario approfondimento alla disciplina, che viene esaminata senza trascurarne alcun aspetto.

Nuovamente viene compiuta una ricostruzione storica della prevenzione *ante delictum*, con rassegna dei provvedimenti legislativi stratificatisi nel corso degli anni (fino a giungere al Codice delle leggi antimafia ed alle relative disposizioni) e delle rifiniture operate dalla giurisprudenza costituzionale.

Di grande rilievo è la menzione e l'analisi critica dei provvedimenti della Corte EDU chiamata a sindacare della compatibilità tra il procedimento di prevenzione ed i principi fissati dalla Convenzione nella 'materia penale', con particolare riferimento alla questione, tuttora senza pace¹, dell'applicazione retroattiva delle disposizioni in tema di confisca di prevenzione.

Si ripercorre, in particolare, tutta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha affrontato il problema della legittimità convenzionale della prevenzione *ante*

¹ Ad oggi si segnala il recentissimo intervento delle Sezioni Unite che, risolvendo un contrasto giurisprudenziale, hanno stabilito che le modifiche introdotte all'art. 2-*bis* della legge n. 575 del 1965 dalle leggi n. 126 del 2008 e n. 95 del 2009 non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, di guisa che rimane tuttora valida l'assimilazione alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità in caso di successione di leggi nel tempo della previsione di cui all'art. 200 c.p. (cfr. Cass. pen., sez. un., 02.02.2015, n. 4880). Ma non si esclude che, proprio alla luce di questa giurisprudenza, la questione possa approdare a Strasburgo.

delictum, a partire dal caso *Guzzardi* del 1980, per poi confrontare la disciplina italiana con i cd. *Engel criteria* al fine di certificarne la natura.

Ebbene, all'esito di questo raffronto, si convalida l'appartenenza delle misure di prevenzione al novero delle pene: si perviene a tale conclusione anche sulla scorta di un fondamentale, quanto spesso trascurato, pronunciamento della Corte costituzionale (sent. 177/1980) con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 n. 3 l. n. 1423/56, sulla base del quale l'Autore afferma che il criterio della "qualificazione giuridica interna" (che da *Engel* in avanti rappresenta un indice rivelatore della inquadrabilità di un istituto nella nozione convenzionale di pena) debba inglobare "argomenti" desunti dalla complessiva esperienza dei valori costituzionali dell'ordinamento nazionale.

Si procede poi allo studio delle singole misure di prevenzione personali e patrimoniali, non senza dedicare il necessario spazio al sistema preventivo in materia di accesso alle manifestazioni sportive (cd. D.a.s.p.o.), rimarcando come, secondo un orientamento giurisprudenziale, destinatari del provvedimento possano essere anche i dirigenti sportivi ed i giocatori.

Quanto alla prevenzione patrimoniale, si segnala l'analisi della recente innovazione legislativa che consente l'applicazione disgiunta delle misure ablativo da quelle personali. Anche a questo riguardo, è proposta una critica all'attuale assetto normativo fondata sulla denunciata incompatibilità con i principi costituzionali e convenzionali, come interpretati anche dalla Corte EDU. È altresì suggerita un'interpretazione 'correttiva' in tema di applicazione disgiunta 'pura', che consentirebbe di non incorrere nella denunciata violazione dei principi fondamentali.

Particolarmente meritoria, poi, è la trattazione autonoma delle modalità di tutela dei terzi coinvolti nel procedimento di prevenzione e dei rapporti tra prevenzione e procedure fallimentari: il tema dei diritti di coloro che vantano crediti assistiti da garanzie su beni oggetto di sequestro o confisca è destinato ad assumere rilievo sempre maggiore presso le nostre Corti.

Si tratta, come evidente, di questioni particolarmente 'scottanti' per l'operatore del diritto (coinvolgendo il sistema delle garanzie della materia penale e gli interessi patrimoniali dei destinatari delle misure), che attendevano da tempo una trattazione esaustiva ed unitaria come quella finalmente offerta dal volume qui recensito. Il che conferisce un merito ulteriore all'impegno profuso dagli Autori e dal Curatore.

Si arriva infine alla disciplina in materia di armi ed esplosivi. Si tratta di un'altra materia poco esplorata dalla scienza penalistica, ed invece densa di implicazioni teoriche e di insidie nella prassi.

Viene dedicata grande cura all'analisi di ogni singola tipologia di arma o di esplosivo, presentando criteri atti a discernere tra esse. Si tratta di opera vieppiù meritoria ove si consideri che l'ascrizione di un'arma

ad una determinata classe piuttosto che ad un'altra può comportare l'applicazione di pene molto diverse e di assai differente severità.

Si segnala – per l'attualità del tema, che si colloca al confine con la normativa antiterrorismo, e per la sempre più frequente tendenza del legislatore ad arretrare la soglia di tutela alle condotte preparatorie – il paragrafo in cui si analizza la fattispecie di "addestramento alla preparazione ed all'uso di armi da guerra", introdotta dal d.l. n. 144/2005 all'art. 2-*bis* della l. n. 895/67.

Si tratta, ancora una volta, di figura criminosa certamente poco nota agli operatori, ma non per questo scevra da implicazioni teoriche di primario rilievo, quali la natura di reato ostacolo di pericolo presunto, peraltro plurisoggettivo improprio (essendo prevista la pena per il solo addestratore), connotato per la marcata anticipazione dell'intervento repressivo.

In definitiva, il volume recensito rappresenta uno strumento che, per l'ampiezza dei temi e per la puntualità e l'approfondimento della loro trattazione, deve necessariamente accompagnare l'opera quotidiana di coloro che si cimentano nello studio e nella pratica di quel particolare ed ostile ramo del diritto penale costituito dalla legislazione antimafia.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. lav., 08.04.2015, n. 7007 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 08.04.2015, n. 6999 s.m.
 Cass. civ., sez. lav., 07.04.2015, n. 6943 s.m.
 Cass. civ., sez. III, 03.04.2015, n. 6820 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 01.04.2015, n. 6636 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 31.03.2015, n. 6552 s.m.
 Cass. civ., sez. III, 31.03.2015, n. 6452 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 30.03.2015, n. 6376 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 26.03.2015, n. 6132 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 26.03.2015, n. 6177 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 25.03.2015, n. 5999 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 20.03.2015, n. 5685 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 20.03.2015, n. 5657 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 19.03.2015, n. 5523 s.m.
 Cass., sez. un., 17.03.2015, n. 11170
 (con nota di Saccone)
 Cass. civ., sez. un., 06.03.2015, n. 4628
 (con nota di Alfano)
 Cass. civ., sez. III, ord. 05.03.2015 n. 4447
 (con nota di Sorrentino)
 Cass. civ., sez. un., 16.02.2015, n. 3022 s.m.

CORTE DI APPELLO

App. Napoli, 09 gennaio 2015, n.108

TRIBUNALE

- Trib. Napoli, 26.03.2015 s.m.
 Trib. Genova, 25.03.2015 s.m.
 Trib. Verona, 24.03.2015, n.758 s.m.
 Trib. Padova, 10.03.2015, n.739
 Trib. Napoli Nord, 25.02.2015 s.m.
 Trib. Pavia, 25.02.2015 s.m.
 Trib. Mantova, 10.02.2015 s.m.
 Trib. Napoli, 04.02.2015 s.m.
 Trib. Napoli, 02.02.2015 n.1615
 Trib. Napoli, sez. VII, 02.02.2015, n. 1551
 (con nota di Mautone)
 Trib. Brescia, 27.01.2015 s.m.
 Trib. Avellino, 26.01.2015 s.m.

Diritto e procedura penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. VI, 05.02.2015, n. 6717 s.m.
 Cass., sez. IV, 03.02.2015, n. 6740 s.m.
 Cass., sez. un., 29.01.2015, n. 5396
 (con nota di Pignatelli)
 Cass., sez. I, 20.01.2015, n. 7890 s.m.
 Cass., sez. V, 15.12.2014, n. 7292 s.m.
 Cass., sez. I, 5.12.2014, n. 6878 s.m.
 Cass., sez. I, 28.11.2014, n. 7643 s.m.
 Cass., sez. un., 27.11.2014, n. 6240
 (con nota di Pignatelli)
 Cass., sez. V, 16.10.2014, n. 7703 s.m.
 Cass., sez. un., 09.10.2014, n. 42030
 (con nota di Serra)
 Cass., sez. IV, 08.07.2014, n. 7346 s.m.
 Cass., sez. un., 26.06.2014, n. 4880
 (con nota di Pignatelli)
 Cass., sez. IV, 22.05.2014, n. 6719 s.m.
 Cass. pen., sez. un., 17.03.2015, n. 11170
 (con nota di Saccone)

TRIBUNALE

- Trib. Nola, coll. A), 18.03.2015, n. 71 s.m.
 Trib. Nola, coll B), 10.03.2015, n. 779 s.m.
 Trib. Nola, coll. B), 25.02.2015, n. 612 s.m.
 Trib. Nola, coll. B), 18.02. 2015, n. 586 s.m.
 Trib. Nola, coll. B), 18.02.2015, n. 585 s.m.
 Trib. Nola, coll. A), 18.02.2015, n. 522 s.m.
 Trib. Santa Maria C.V., 29.01.2015, n. 465 s.m.
 Trib. Napoli, sez. I, 13.01.2015, n. 401 s.m.
 Trib. Nola, coll. D), 12.01.2015, n. 63 s.m.
 Trib. Nola, coll. C), 12.01.2015, n. 62 s.m.
 Trib. Santa Maria C.V., 09.01.2015, n. 28 s.m.
 Trib. Nola coll B), 07.01.2015, n. 18 s.m.
 Trib. Nola, coll. B), 07.01.2015, n. 17 s.m.
 Trib. Brindisi, 17.10.2014, n. 2881
 (con nota di Tocci)

Diritto Amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. III, 2.04.2015, n. 1743 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 27.03.2015, n. 1619 s.m.

Cons. Stato, Ad. Plen., 20.03.2015, n. 3 s.m.
Cons. Stato, sez. VI, 19.03.2015, n. 1419 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 17.03.2015, n. 1379 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 13.03.2015, n. 1345 s.m.
Cons. Stato, sez. IV, 12.03.2015, n. 1321 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 09.03.2015, n. 1170 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 04.03.2015, n. 1081 s.m.

Diritto Tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. VI, 09.03.2015, n. 4691 s.m.
Cass., sez. VI, 05.03.2015, n. 4543 s.m.
Cass., sez. V, 11.02.2015, n. 2625 s.m.
Cass., sez. V, 16.01.2015, n. 695 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di Giustizia, 05.03.2015, C-479/13, *Commissione europea* s.m.
Corte di Giustizia, 26.02.2015 - cause riunite C-144/13, C-154/13 e C-160/13 VDP Dental Laboratory NV c. Staatssecretaris van Financien (C-144/13), Staatssecretaris van Financien c. X BV (C-154/13), Nobel Biocare Nederland BV (C-160/13) s.m.
Corte di Giustizia, 12.02.2015, causa C-662/13, *Surgicare – Unidades de Saúde SA* s.m.
Corte di Giustizia, 22.10.2014, causa C-55/14, *Régie communale autonome du stade Luc Varenne* s.m.

Diritto Internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

C.E.D.U., *Haldimann e a. c. Svizzera*, sentenza depositata il 24.02.2015 s.m.
C.E.D.U., *Apostu c. Romania*, sentenza depositata il 03.02.2015 s.m.

Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

C.G.U.E., Quinta Sezione, sentenza 16.04.2015, causa C278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* s.m.
C.G.U.E., Grande Sezione, 18.12.2014 (Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, causa C-562/13) (con nota Balbo)

Giapeto Editore

**Modulo di
abbonamento**

Gazzetta FORENSE

Luglio - Agosto 2014

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

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

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 18 89 39

cognome

nome

indirizzo

nr.

cap

città

prov

tel.

Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl
Banca Popolare dell'Emilia Romagna
IBAN IT 26 H 05387 03402 000001424910

compila questo coupon e spediscilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 015 39 40

@ **per email** a: info@giapeto.it

