

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Maggio - Giugno 2015

La società a responsabilità limitata unipersonale:
aspetti notarili

ROBERTO DANTE COGLIANDRO

Condizionamenti linguistici ed errori metodologici
nella ricostruzione dogmatica del rapporto tra
giudicato e struttura della sentenza

FABIANA FALATO

Le ricadute sanzionatorie per i reati tributari a
carattere transnazionale con particolare riguardo
all'ipotesi speciale di confisca obbligatoria anche
per equivalente dei profitti illeciti e alla circostanza
aggravante ad effetto speciale

ANTONIO URICCHIO, DOMENICO PIRRÒ

La sentenza della Corte EDU nel Caso *Cestaro*:
conferma di deficienze strutturali nell'ordinamento
nazionale

LAUSO ZAGATO

in collaborazione con



PEGASO

Università Telematica

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 8 - Numero 3 - Maggio/Giugno 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, Deosdedio 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

Tavolaro stampa, Napoli - giugno 2015

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

D.M. 30/04/2006 G.U. n° 118 del 23/05/2006

SOMMARIO

Editoriale

LA CRISI DELLA GIUSTIZIA E LA MANCANZA DI PERSONALE DI CANCELLERIA AL PASSO CON I TEMPI	5
di Roberto Dante Cogliandro	

Diritto e procedura civile

SULLA CONFIGURABILITÀ DELL'ANATOCISMO NEL CONTO CORRENTE OPERATIVO	8
di Antonio De Simone e Maria Luigia Ienco	
LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA UNIPERSONALE: ASPETTI NOTARILI	15
di Roberto Dante Cogliandro	
LA RESPONSABILITÀ DELL'«EDITORE DI FATTO» AI SENSI DELL'ART. 2497 C.C. <i>Nota a Trib. Cassino. 26 gennaio 2015, n. 106</i>	21
di Vittorio Occorsio	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	36
RASSEGNA DI MERITO	39
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Quinta Sezione Civile. <i>Sentenza del 2 aprile 2015, n. 6743</i>	42
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile. <i>Sentenza del 27 marzo 2015, n. 6243</i>	48
<i>In evidenza</i> - Tribunale di Firenze, Seconda Sezione Civile. <i>Sentenza ex art. 281-sexties 25 marzo 2015, n. 1011</i>	58

Diritto e procedura penale

CONDIZIONAMENTI LINGUISTICI ED ERRORI METODOLOGICI NELLA RICOSTRUZIONE DOGMATICA DEL RAPPORTO TRA GIUDICATO E STRUTTURA DELLA SENTENZA	66
di Fabiana Falato	
POTERE DI DELEGA: TENTATIVO DI FUGA DALLE RESPONSABILITÀ?	78
di Carmine Ruggiero	
TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE E SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO <i>Nota a Cass., sez. VI penale, 28 novembre 2014, deposito 11 dicembre 2014, n. 51688</i>	94
di Anna Paola Sannino	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	115
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	124
RASSEGNA DI MERITO	127

Diritto amministrativo

BREVI RIFLESSIONI IN MATERIA DI «DEMANIO MARITTIMO»: TRA RECENTI LOGICHE <i>PROPRIETARIE</i> E TRADIZIONALI LOGICHE <i>NON PROPRIETARIE</i>	136
di Francesco Rinaldi	
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>	140

Diritto tributario

LE RICADUTE SANZIONATORIE PER I REATI TRIBUTARI A CARATTERE TRANSNAZIONALE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'IPOTESI SPECIALE DI CONFISCA OBBLIGATORIA ANCHE PER EQUIVALENTE DEI PROFITTI ILLECITI E ALLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE AD EFFETTO SPECIALE	144
di Antonio Uricchio e Domenico Pirrò	

I RAPPORTI TRA PROCESSO TRIBUTARIO E FALLIMENTO	160
di Stanislao De Matteis	
RASSEGNA DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA TRIBUTARIA	175

Diritto internazionale

LA SENTENZA DELLA CORTE EDU NEL CASO <i>CESTARO</i> : CONFERMA DI DEFICIENZE STRUTTURALI NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE	178
di Lauso Zagato	
IL RICONOSCIMENTO DELLA <i>KAFALAH</i> NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO	186
di Rosa Anna Pelliccia	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	194

Ordinamento giudiziario

NOTA ALL'ART. 18 DEL D.L. N. 83/2015	204
di Luigi Levita	
NOTA AGLI ARTT. 19, 20 E 21 DEL DECRETO LEGGE N. 83/2015	206
di Luigi Levita	

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Il riconoscimento del punteggio relativo al servizio militare di leva prestato dal docente non in costanza del rapporto di lavoro con il Ministero dell'Istruzione è materia di competenza del G.O. o del G.A.? Il servizio di leva prestato non in costanza di nomina va valutato anche con riguardo alle cc.dd. graduatorie ad esaurimento del personale della scuola?	210
di Elia Scafuri	

DIRITTO PENALE

L'amministratore di società che acquista un bene mediante un negozio intercorso con una società intermedia risponde di appropriazione indebita? La "truffa societaria" e i limiti del diritto penale di impresa.	214
di Giacomo Romano	

DIRITTO AMMINISTRATIVO

A chi compete l'adozione del provvedimento di cd. acquisizione sanante <i>ex art. 42-bis</i> del D.P.R. dell'08.06.2001 n. 327?	217
di Francesco Maria Ricciardi	

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

GLI APPRODI DI UNA RIFORMA A LUNGO ATTESA: UNA PRIMISSIMA LETTURA DELL'ULTIMO INTERVENTO DEL LEGISLATORE SUI DELITTI CONTRO LA P.A.	226
di Paola Borrelli	
LA NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO ED IL (MANCATO) RISPETTO DELLA LEGGE DELEGA	239
di Valeria Bove	
IL LAVORO INTERMITTENTE NEL JOBS ACT	249
di Guglielmo Cinque	
LA NUOVA TUTELA NEI CONFRONTI DEI LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI NEL D.LGS. N. 23/2015	255
di Gennaro Iacone	
IL REGIME SANZIONATORIO NEL SISTEMA DEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI: DALLA LEGGE FORNERO AL JOBS ACT: DALLE SEMPLICI INCONGRUENZE AI QUASI CERTI PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ	260
di Matilde Pezzullo	

Recensioni

IL DIRITTO SPORTIVO di Mario Sanino e Filippo Verde, Cedam, 2015	266
di Vittorio Sabato Ambrosio	

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

Roberto Dante Cogliandro
Notaio

Editoriale

La crisi della giustizia e la mancanza di personale di cancelleria al passo con i tempi

Mi trovo spesso a frequentare gli uffici giudiziari del capoluogo umbro e così come nel passato ho frequentato le stanze e gli spazi delle strutture giudiziarie napoletane. Certamente le differenze sono notevoli e il paragone non si pone assolutamente. Ma certamente un elemento comune sussiste: la stanchezza e la vetustà del personale amministrativo e di cancelleria degli uffici giudiziari. Infatti in entrambi le sedi giudiziarie mi sono spesso imbattuto con persone, certamente volenterose e disponibili, non più al passo con i tempi, che arrancano e aspettano la tanto desiderata pensione che il governo di turno gli sposta di volta in volta in avanti allungandone l'età per poterne fare domanda. Tutto ciò crea certamente un rallentamento della macchina giudiziaria per come oggi è impostata e verso una telematicità che sicuramente ne costituisce il futuro e che invece è osteggiata da chi non vuole o meglio non sa adeguarsi ai tempi: in primis il personale di cancelleria. In un'epoca in cui alle undici di sera sull'ipad è possibile scaricare e leggere il giornale del giorno dopo, ove chi si accinge a comprare il giornale cartaceo in edicola la mattina presto è sempre di più un numero inferiore con il passare dei mesi e degli anni, è cosa antitetica voler parlare di processo telematico senza avere in primis il personale umano che deve saper far funzionare e organizzare. Non me ne vogliate ma veramente mi sembra di assistere ad una delle più vistose e macroscopiche contraddizioni del nostro Stato che le riforme le fa sempre a metà. La vera riforma della macchina giudiziaria al di là delle innumerevoli soluzioni che ogni anno, quanto a tecnica e procedura, si vanno proponendo, passa attraverso l'ammodernamento del personale della pubblica amministrazione utilizzato dalle strutture giudiziarie. Un magistrato che si rispetti deve poter disporre nel suo delicato ruolo di inquirente o giudicante di personale al passo con i tempi e di valido supporto alla sua attività giudiziaria; di personale altamente professionale e preparato che sia al passo

con i tempi, altrimenti la soccombenza e l'arrancare sarà un dato conclamato ed inesorabile. Non è possibile assistere all'encomiabile opera di affaticamento di persone che seppur piene di buona volontà non hanno i mezzi e gli strumenti per confrontarsi con una realtà che giorno dopo giorno diventa per loro inarrivabile. Ed allora la vera riforma passa attraverso la Pubblica Amministrazione che deve essere rivoltata come un calzino fino a farla diventare il fiore all'occhiello di un Paese che sta cambiando e vuole garantire ai propri cittadini e agli investitori esteri forme di giustizia efficienti e moderne, degne di un Paese civile.

Insomma, è giunto il momento di programmare un grosso piano di assunzioni pubbliche di personale preparato, giovane ed al passo con i tempi, favorendo il pensionamento di persone che non è più al passo del sistema e che soprattutto arranca e fa arrancare la già tramortita macchina giudiziaria italiana. Non me ne vogliate, non è sicuramente un conflitto generazionale, ma credo di aver detto e cercato di evidenziare una verità che in molti, che quotidianamente frequentano le aule di giustizia, notano e vivono.

Diritto e procedura civile

SULLA CONFIGURABILITÀ DELL'ANATOCISMO NEL CONTO CORRENTE OPERATIVO	8
di Antonio De Simone e Maria Luigia Ienco	
LA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA UNIPERSONALE: ASPETTI NOTARILI	15
di Roberto Dante Cogliandro	
LA RESPONSABILITÀ DELL'«EDITORE DI FATTO» AI SENSI DELL'ART. 2497 C.C. <i>Nota a Trib. Cassino. 26 gennaio 2015, n. 106.</i>	21
di Vittorio Occorsio	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	36
RASSEGNA DI MERITO	39
<i>In evidenza</i> Corte di Cassazione, Quinta Sezione Civile. <i>Sentenza del 2 aprile 2015, n. 6743</i>	42
<i>In evidenza</i> Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile. <i>Sentenza del 27 marzo 2015, n. 6243</i>	48
<i>In evidenza</i> Tribunale di Firenze, Seconda Sezione Civile. <i>Sentenza ex art. 281-sexties 25 marzo 2015, n. 1011</i>	58



Sulla inconfigurabilità dell'anatocismo nel conto corrente operativo

abstract

The regulation of interests in checking account is one of the main discussed themes concerning Banking Law.

Because of annotations, interests lose their own legal nature, so that no case of anatocism may ever occur.

The analysis upon the judicial decisions on the topic – which have been shown to be contradictory – might help the system become more coherent.

keywords

Anatocism – capitalized interest – Banking account – payment – interests – legal nature – accounting – checking account – banking law – banking annotations.

abstract

Il regolamento degli interessi in conto corrente è al centro di un vivo dibattito e di controversa casistica giurisprudenziale. Trascurando il reale funzionamento del contratto di conto corrente, dottrina e giurisprudenza prospettano – non senza voci contrarie – la configurabilità del fenomeno anatocistico anche laddove, mediante l'annotazione in conto, non sia più possibile distinguere la natura giuridica delle reciproche obbligazioni e, pertanto, non vi siano più interessi sui quali computare ulteriori interessi. L'analisi sistematica fa emergere l'incoerenza della giurisprudenza circa le valutazioni riservate – nei diversi contesti – al trattamento degli interessi in conto corrente e la necessità che, attraverso una rimeditazione della qualificazione dei versamenti, l'ordinamento giunga ad un punto di complessiva razionalizzazione.

parole chiave

Anatocismo – capitalizzazione – conto corrente – versamenti – rimesse solutorie pagamenti – interessi – natura giuridica – obbligazioni pecuniarie – contabilizzazione.

sommario

Premessa. – **1.** Il regolamento degli interessi nei rapporti di conto corrente bancario. – **2.** Analisi di sistema: casistica giurisprudenziale sulle rimesse in conto corrente. – **2.1.** Versamento della pensione sul conto corrente e pignorabilità dell'intero saldo. – **2.2.** Revocatoria fallimentare e rimesse solutorie annotate in conto. – **2.3.** Annotazione degli interessi sul conto corrente ordinario provenienti da conti anticipi. –

2.4. Usura bancaria: irrilevanza della capitalizzazione trimestrale ai fini del computo del TEG. – **3.** Sull'inconfigurabilità *tout court* dell'anatocismo nei rapporti regolati in conto corrente.

Premessa

La capitalizzazione degli interessi in conto corrente è tema tra i più dibattuti nell'ambito del diritto bancario, oggetto di copiosa produzione dottrinale e di caotica casistica giurisprudenziale, specie se rapportato nello specifico al divieto di anatocismo di cui all'art.1283 c.c..

Guardando al fenomeno da prospettive distorte e/o focalizzandosi su aspetti marginali, non pochi autori hanno finito per “perdere di vista” il reale funzionamento del conto corrente operativo, concludendo per la configurabilità di fattispecie anatocistica laddove, per quanto si cercherà di spiegare *infra*, non può dirsi integrata – in senso proprio – la produzione di interessi su altri interessi.

Si proverà a chiarire che, per ragioni di coerenza sistematica, l'ordinamento non può far discendere dal medesimo fatto giuridico conseguenze opposte, a seconda che si consideri la questione dalla prospettiva della banca ovvero da quella del cliente–correntista.

Si può prendere le mosse da una semplice premessa.

Anatocismo e capitalizzazione degli interessi sono concetti ben differenti tra loro:

il primo (anatocismo) designa la speciale attitudine degli interessi a produrre a loro volta interessi, entro i limiti di cui all'art.1283 c.c. e di cui alla normativa speciale in materia bancaria e creditizia;

la seconda (capitalizzazione) indica il fenomeno in forza del quale una certa misura di interessi viene tramutata in sorte capitale, con conseguente trasformazione di un'obbligazione da accessoria in principale.

Il divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c. riguarda solo ed esclusivamente il caso di interessi che siano maturati, scaduti (divenuti esigibili) e, infine, che non siano stati pagati¹.

¹ Sul punto cfr. MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie “anatocismo” nel conto corrente bancario*, sul web in <http://www.economia.uniroma2.it>; in senso conforme COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, 2014, *passim*.

1. Il regolamento degli interessi nei rapporti di conto corrente bancario

Invero, in un rapporto di conto corrente, il pagamento degli interessi (sia che venga effettuato con denaro proprio – *alias* del correntista – che con denaro altrui – *alias* della banca) fa sì che gli stessi perdano la loro natura e che da obbligazione accessoria (interessi) si trasformino in obbligazione principale (capitale) per cui può affermarsi che l'interesse pagato “non esiste più”.

Come noto, infatti, il contratto di conto corrente è un accordo di contabilizzazione tra la banca e il correntista, in virtù del quale la banca si assume l'incarico di contabilizzare tutte le partite ed i rapporti del correntista e precisamente:

- a) i rapporti che intercorrono tra la banca e il correntista;
- b) i rapporti che intercorrono tra il correntista ed i terzi.

Può, altresì, pacificamente affermarsi che il rapporto di conto corrente e la contabilizzazione delle movimentazioni bancarie si svolgono in tre tempi:

- 1) FATTO;
- 2) ANNOTAZIONE;
- 3) SALDO.

Ogni volta che delle operazioni vengono annotate in conto si produce un'immediata modifica del saldo disponibile (aumento in caso di accredito, diminuzione in caso di addebito).

Quanto all'annotazione, relativamente ai soli rapporti tra cliente e banca, essa equivale ad un pagamento, con effetto solutorio, che determina il nuovo saldo debitore e/o creditore².

In altri termini: l'operazione di addebito da parte della Banca, per effetto della contabilizzazione sul conto, determina un effetto estintivo verso la Banca³, in quanto, per il sol fatto che un determinato pagamento venga annotato e addebitato, immediatamente il saldo disponibile andrà a diminuire con l'effetto di aumentare il saldo passivo del correntista verso la Banca.

² Cfr. MORERA, *op. cit.*, p.5; Sulla qualificazione solutoria delle rimesse in conto corrente – e sulla confutazione della dottrina contrapposta – si veda COLOMBO, *op.cit.*, pp.78 e ss.

³ Non vale a contraddire tale prospettazione quella giurisprudenza di legittimità che, pronunciandosi in maniera parziale sulla prescrizione della ripetibilità dei versamenti in conto corrente nei limiti del fido, afferma che «[l'annotazione in conto] non si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria [...] in favore della banca». Cass.Civ. 15 gennaio 2013 n.798, sul *web* in *www.expartecreditoris.it*. Non convince, infatti, alla luce di quanto si analizzerà più compiutamente *infra*, il diverso trattamento accordato dalla medesima giurisprudenza alla medesima situazione giuridica – in contesti differenti. Sembra, inoltre, che il ragionamento della S.C. si fondi su una analisi superficiale del funzionamento del rapporto di conto corrente. Peraltro, l'angolo visuale appare limitato alla sola tematica della prescrizione dell'azione di ripetizione di rimesse (asseritamente) illegittime.

Un esempio pratico è rappresentato dal funzionamento del mutuo fondiario regolato in conto corrente:

- 1) FATTO (es. scadenza del pagamento di una rata di mutuo);
- 2) ANNOTAZIONE (pagamento della rata);
- 3) SALDO (importo a disposizione del correntista – a debito o a credito).

In tali casi, dunque, per effetto dell'annotazione della rata sul conto corrente (che si considera regolarmente pagata) non scatterà la mora ed il mutuo sarà in regolare ammortamento, laddove, si ripete, l'annotazione in conto – solo nei rapporti tra banca e cliente – ha un effetto estintivo dell'obbligazione⁴.

Assunto quest'ultimo aspetto come presupposto, è irrilevante e poco importa se il correntista per pagare il suo debito a titolo di interessi nei confronti della banca utilizzi denaro proprio ovvero quello messo a disposizione della banca con un'apertura di credito: ciò che conta è che quella obbligazione pecuniaria è stata estinta.

Prova ne è la circostanza che, all'esito della annotazione della rata di mutuo ipotecario in conto corrente, l'originario debito ipotecario si estingue, per diventare “inesorabilmente” chirografario.

Il medesimo meccanismo giuridico opera per qualsiasi tipo di rapporto intercorrente tra banca e cliente.

Si è detto che l'annotazione in conto ha, nei rapporti banca e cliente, effetto immediatamente estintivo delle rispettive obbligazioni.

Ne consegue che il momento di chiusura periodica del conto è assolutamente neutro rispetto la fattispecie anatocistica in quanto le singole voci già annotate e contabilizzate in conto sia per la banca che per il cliente hanno già perso la loro originaria natura giuridica⁵.

Muovendo da tale ragionamento – ed anticipando le conclusioni alle quali si addiverà – può formularsi una valutazione dei rapporti tra fattispecie anatocistica e rapporto di conto corrente, in termini di inconfigurabilità della prima, in considerazione dell'effetto estintivo delle annotazioni in conto.

In altri termini, se l'addebito (*rectius*, l'annotazione) in conto estingue l'obbligazione relativa agli interessi, non può logicamente parlarsi di interessi scaduti (e non pagati), che producano nuovi interessi (appunto in violazione dell'art.1283 c.c.), ma di nuovo capitale (saldo)⁶.

⁴ Nessuno ha mai ipotizzato di poter ritenere che in tale contabilizzazione si possa configurare l'esistenza di un indebito fenomeno anatocistico, sebbene la rata di mutuo sia composta originariamente di una quota di interessi e una di capitale, e nonostante le annotazioni determinino un incremento del saldo negativo, sul quale maturano altri interessi.

⁵ Chiarisce bene tale aspetto MORERA, *op. cit.*, p.10;

⁶ Prova ne è che, se gli interessi passivi maturati in conto corrente fossero regolati (*alias* addebitati) su un conto separato, verrebbe meno l'effetto “ottico” dell'anatocismo. In senso conforme alla tesi esposta si veda MORERA, *op. cit.*, pp.10 e ss.

Trattasi di fenomeno assimilabile – per certi versi – non già ad un’indebita fattispecie anatocistica, ma ad un’ipotesi legale di capitalizzazione degli interessi, con la obbligazione “accessoria” che diviene “principale”.

La tesi avversata confonde, ad avviso di chi scrive, concetti distinti, laddove ritiene che l’interesse scaduto, annotato in conto e pagato, resti connotato da una propria autonomia, tale da poter essere distinto dal capitale⁷.

Il fenomeno è analogo ad altre fattispecie – che più analiticamente si valuteranno *infra* – in relazione alle quali potrà verificarsi come, aderendo alla soluzione qui prospettata, il sistema raggiunga un certo grado di “coerenza”.

Si ponga anzitutto mente al caso del contratto di mutuo, allorquando si verifichi l’inadempimento del mutuatario in relazione ad una rata costituita sia da capitale che da interessi convenzionalmente stabiliti.

In tale ipotesi, invero, si applicherà l’interesse moratorio, in via sostitutiva dell’interesse corrispettivo e non potrà certo parlarsi di anatocismo per il sol fatto che la mora venga a computarsi sull’intera rata, comprensiva anche dell’originaria quota di interessi, atteso che, per quella giurisprudenza che applica alla lettera i principi di matematica finanziaria, per effetto dell’inadempimento, la rata è divenuta un *unicum*⁸.

⁷ *Contra*, si registra la posizione di MAGNI, *Le regole sull’anatocismo, in il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, a cura di CUFFARO, Bologna, 2005, p. 158, nota 126, secondo il quale, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, la circostanza che l’annotazione a debito degli interessi passivi viene eseguita dalla banca, senza che il cliente «possa avere ben chiaro e presente quanto si verifica» (e cioè l’estinzione del debito per interessi maturatosi nel trimestre precedente), realizzerebbe – per l’appunto – un’ipotesi di pattuizione in frode alla legge, in quanto consentirebbe di ottenere per altra via il risultato, vietato dal disposto di cui all’art. 1283 c.c., di conseguire la produzione di interessi su interessi (anche accumulatisi per meno di un semestre), a prescindere dalla proposizione di apposita domanda giudiziale, o dalla stipulazione di idonea convenzione successiva alla scadenza degli interessi primari.

⁸ cfr. DE SIMONE – IENCO, *Disciplina antiusura e nuovi tassi legali di mora: usura “legale”?*, in *Gazzetta forense*, 2015 fasc. 6, pp. 35 e ss, laddove in nota n. 20, in merito ad altra questione, si legge «A supporto della contrarietà della tesi della sommatoria si rileva che al momento dell’inadempimento ci si trova al cospetto di una sola obbligazione che il debitore è tenuto soddisfare per capitale ed interessi. L’inadempimento della rata trasforma le due obbligazioni, seppure originariamente distinguibili per capitale e interessi, in un unico debito. Vero è che in ogni rata è sempre possibile identificare quale sia la quota di interessi e quale quella di capitale, ma questo non esclude che, scaduta la rata e non pagata, sull’intero importo di essa inizino a decorrere gli interessi di mora. Ora, la ratio dell’art. 1194 c.c. si fonda sulla considerazione che, se al debitore fosse consentito di imputare versamenti parziali prima al capitale anziché agli interessi, il creditore vedrebbe ridursi la sua pretesa agli interessi in quanto appunto sarebbe stato ridotto il debito capitale. La medesima ratio impone che, di fronte alla scadenza insoluta di una rata di debito (rata che pur comprende una parte del capitale ed una parte di interessi), i versamenti in conto siano da imputare agli interessi di mora sulla rata insoluta: ché altrimenti, proprio come ha inteso escludere il legislatore ex

Ed infatti, e secondo consolidate nozioni giuridiche e di matematica finanziaria, al momento della scadenza della rata, l’interesse moratorio viene ad applicarsi sull’unico debito esistente, non distinguendosi più – in tale ambito – tra componente dovuta a titolo di capitale e quella dovuta a titolo di interessi compensativi.

La mancata valutazione di tale aspetto genera un evidente «errore di prospettiva»⁹.

2. Analisi di sistema: Casistica giurisprudenziale sulle rimesse in conto corrente

Nell’ottica di un’analisi sistematica delle vicende riguardanti le rimesse in conto corrente ed i relativi effetti, che *supra* si è assunto come presupposto logico della inconfigurabilità dell’anatocismo nei detti rapporti banca-cliente, può essere utile riportare il trattamento riservato alle annotazioni (in altri contesti) dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

2.1. Versamento della pensione sul conto corrente e pignorabilità dell’intero saldo

La Corte Costituzionale, con sentenza del 15 maggio 2015 n. 85¹⁰, si è pronunciata sulla pignorabilità delle somme confluite su conto corrente a titolo di prestazione previdenziale.

In particolare, nel caso di specie un debitore esecutato aveva proposto opposizione all’esecuzione relativamente ad un conto corrente alimentato esclusivamente con i versamenti da rimesse pensionistiche, chiedendo di far valere a sua tutela l’impignorabilità parziale relativa ai crediti da pensione in relazione alla disciplina che invece limita l’utilizzo del contante, obbligando il versamento coattivo sul conto corrente.

Ebbene, la Corte ha stabilito che le pensioni sono pignorabili senza limiti se accreditate su conto corrente bancario e/o postale, in quanto l’annotazione in conto comporta la “perdita del carattere di indisponibilità” in relazione a misure cautelari ed espropriative”.

Il principio espresso è stato il seguente:

art. 1194 c.c., l’imputazione del versamento alla rata scaduta riuscirebbe a ridurre il debito che produce interessi e, dunque, anche a ridurre la qualità di interessi che maturano mano a mano che si prolunga l’insolvenza. In sostanza, il mancato pagamento di una rata comprensiva anche di interessi determina la pretesa del creditore ad ottenere anche gli interessi moratori sugli interessi non pagati, dunque il pagamento parziale va imputato per primo a questi interessi, poiché in mancanza verrebbe frustrata la ratio dell’art. 1194 c.c. (Cass. 8.7.1986 n. 4451). Tale principio è stato poi ribadito in altre decisioni ove è stato precisato che in definitiva non si viene concretizzare alcuna sommatoria di interessi poiché gli interessi moratori operano sull’unico debito esistente (Cass. 21.10.2005 n. 20449; 31.1.2006 n. 2140)».

⁹ L’espressione è di MORERA, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰ DE SIMONE, *Pensioni: pignorabili senza limiti se accreditate su conto corrente bancario e/o postale*, in *Ex Parte Creditoris - www.expartecreditoris.it*, anno 2015.

L'annotazione in conto modifica immediatamente la natura giuridica delle somme versate, a titolo di pensione, facendo perdere l'originaria qualificazione

2.2. Revocatoria fallimentare e rimesse solutorie annotate in conto

La circostanza che l'annotazione in conto abbia effetti solutori può ulteriormente essere desunta dalla giurisprudenza relativa alla "vecchia" revocatoria fallimentare, nell'ambito della quale, per anni – in maniera incontestata – è stato affermato tale principio¹¹,

¹¹ «Nel conto corrente di corrispondenza l'annotazione di operazioni di segno opposto trova titolo negli obblighi reciprocamente assunti dalle parti per il perseguimento della finalità propria di tale rapporto e consegue, in definitiva, al diritto del correntista di variare la disponibilità del conto con successivi versamenti e prelievi. Il saldo tra gli accreditati, provenienti da bonifici di terzi, annotati dalla banca sul menzionato conto corrente e gli addebiti risultanti dal medesimo conto non può quindi ricondursi all'effetto proprio della compensazione legale ex art. 1243 c.c. e, quindi, ad una vicenda estintiva opponibile al fallimento ex art. 56 L.F. – R.D. n. 267/1942 – e pertanto sottratta alla revocatoria, ma, rappresentando una semplice operazione di conguaglio tra annotazioni di segno opposto, lascia inalterata la revocabilità delle singole rimesse qualora unitamente al carattere solutorio delle medesime ricorra, in capo alla banca, il requisito soggettivo della *scientia decoctionis*». App. Bologna Sez. III, 11 aprile 2007, in *Pluris*, Massima redazione, 2008. «Le rimesse intervenute sul conto corrente, che presentino un saldo negativo, sono revocabili, ai sensi dell'art. 67, secondo comma, legge fall. (nella formulazione anteriore al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80), in quanto qualsiasi versamento effettuato in presenza di un debito scaduto ed immediatamente esigibile costituisce un pagamento (totale o parziale) di quel debito; né il fatto che il debitore abbia successivamente continuato ad operare sul conto può far venir meno l'effetto solutorio già realizzato, a meno che non vi sia la prova che il denaro versato sia rimasto nella disponibilità del correntista (come accade nelle cd. partite bilanciate)», Cass. civ. Sez. I, 3 luglio 2013, n. 16610 «Qualora il conto corrente acceso da un dato imprenditore presso la banca sia inizialmente assistito da un'apertura di credito che poi, al momento delle effettuazioni delle rimesse, risulti essere stata revocata dalla banca, gli accreditamenti effettuati dall'imprenditore poi fallito sul conto, dai quali consegua la riduzione o l'elisione del saldo negativo, per il cliente, hanno natura solutoria. Di talché, gli stessi sono revocabili ex dell'art. 67 della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942), come pagamenti di crediti liquidi ed esigibili». Trib. Trento, 13 marzo 2013 «Nel caso di rimessa su conto scoperto, lo scoperto di conto costituisce per la banca credito esigibile, con conseguente idoneità della situazione alla integrazione di una delle componenti oggettive della revocatoria fallimentare ex art. 67, comma secondo, della legge fallimentare (R.D. n. 267 del 1942); il versamento su conto scoperto, ancorché non richiesto dalla banca, ma da essa accettato, non crea nuova disponibilità per il cliente, in mancanza di prova di un rapporto stabile di disponibilità convenzionalmente pattuito o di una programmata imputazione specifica alla copertura di futuri prelievi o ordini di pagamento; il versamento in conto scoperto ha vero e proprio valore estintivo del credito della banca, con carattere solutorio rilevante ai fini della revocabilità ai sensi della normativa di cui innanzi» Trib. Bari, Sez. IV, 31 maggio 2012.

almeno ogniqualvolta le rimesse fossero effettuate su conto "scoperto".

L'annotazione in conto corrente, in particolare, l'accreditamento, ha sempre determinato la immediata riduzione o l'elisione del saldo negativo, per il cliente, e, pertanto, la natura solutoria per la Banca.

Se revocabili, secondo la disciplina di cui alla legge fallimentare, sono solo i versamenti qualificabili come "pagamenti", tradizionalmente la giurisprudenza ha sempre affermato la revocabilità di qualsiasi versamento effettuato in presenza di un debito scaduto ed immediatamente esigibile, assumendone la natura solutoria (totale o parziale) di quel debito, per il sol fatto che vi fosse un (formale) accreditamento sul conto corrente "principale".

Tale effetto (ACCREDITAMENTO = ANNOTAMENTO = PAGAMENTO = ESTINZIONE DEBITO) e, pertanto, la consequenziale sperequazione di trattamento rispetto agli interessi, è ancora più evidente allorché il debito del correntista sia "saldo" mediante giroconto proveniente da una operazione di anticipazione.

Anche in tali casi, sebbene l'annotazione (in favore del correntista) avvenisse mediante l'utilizzo di moneta bancaria messa a disposizione dallo stesso istituto di credito, per l'effetto di un mero giroconto, la giurisprudenza ha sempre considerato revocabili le rimesse, pur qualificandosi queste come mere voci contabili, sul presupposto che avessero in ogni caso natura solutoria, per il sol fatto che vi fosse un accreditamento proveniente da altro conto¹².

¹² «Qualora, tramite un'operazione di giroconto, la somma erogata in via di anticipazione da una banca su un conto corrente di corrispondenza, a fronte della rimessa di effetti salvo buon fine da parte del cliente, venga riaccredita su altro conto corrente scoperto del medesimo cliente, l'operazione non assume natura puramente contabile, ma funzione soddisfattoria, venendo l'accREDITAMENTO utilizzato ad estinzione dello scoperto, con la conseguenza che la rimessa è soggetta a revocatoria fallimentare. Né rileva, in senso contrario, che le anticipazioni siano avvenute a fronte dello sconto di effetti non andati a buon fine, trattandosi, anche in questo caso, di somme erogate dalla banca su di un apposito conto, poi confluite sul conto corrente scoperto per ridurre l'esposizione», Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 2013, n. 3507; «In tema di revocatoria fallimentare di pagamenti effettuati alla banca da parte del correntista, la natura solutoria delle relative operazioni, necessaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 67, secondo comma, R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), (se eseguite nel periodo sospetto e ricorrendo la *scientia decoctionis* dell'*accipiens*), ricorre anche nell'ipotesi in cui gli accreditamenti provengano, sotto forma di rimesse e come giroconti, dal conto anticipi al conto corrente ordinario, allorché esse siano state utilizzate in via di fatto per ridurre ovvero eliminare lo scoperto dell'unico conto operativo, quello ordinario, e non assumendo alcuna rilevanza che il conto anticipi presenti un saldo attivo o passivo. Tale conto, infatti, costituisce una mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente, annotandosi in esso in "dare" le anticipazioni erogate al correntista ed in "avere" l'esito positivo della riscossione del credito, sottostante agli effetti commerciali presentati dal cliente; ne consegue che il saldo passivo del conto anticipi non indica uno

In altri termini, la giurisprudenza ha considerato che il meccanismo del giroconto, il quale giustifica l'addebito su un conto a beneficio dell'accreditato su un altro, dimostri in ogni caso un "passaggio di denaro".

Se ciò è vero, non può la stessa rimessa considerarsi come un pagamento, quando l'istituto bancario sia convenuto in revocatoria fallimentare, ed invece perdere la natura solutoria quando sia il cliente a reclamare la ripetizione di poste asseritamente illegittime *ex art. 1283 c.c.*

scoperto, i due crediti, del cliente, per il credito incassato e della banca, per l'anticipo concesso, si compensano *ex art. 56, R.D. n. 267/1942* (legge fallimentare), e, pertanto, le relative rimesse non hanno carattere solutorio, divenendo, invece, assoggettabili alla predetta azione revocatoria quando, come nella specie, le somme oggetto dell'originaria anticipazione siano state poste nella disponibilità del correntista sul conto corrente ordinario scoperto», Trib. Milano Sez. II, 22 gennaio 2013; «In tema di revocatoria fallimentare di pagamenti effettuati alla banca da parte del correntista, la natura solutoria delle relative operazioni, necessaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 67, secondo comma, legge fall. (se eseguite nel periodo sospetto e ricorrendo la "scientia decoctionis" dell'"accipiens"), ricorre anche nell'ipotesi in cui gli accreditamenti provengano, sotto forma di rimesse e come giroconti, dal conto anticipi al conto corrente ordinario, allorché esse siano state utilizzate in via di fatto per ridurre ovvero eliminare lo scoperto dell'unico conto operativo, quello ordinario, e non assumendo alcuna rilevanza che il conto anticipi presenti un saldo attivo o passivo. Tale conto, infatti, costituisce una mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente, annotandosi in esso in "dare" le anticipazioni erogate al correntista ed in "avere" l'esito positivo della riscossione del credito, sottostante agli effetti commerciali presentati dal cliente; ne consegue che il saldo passivo del conto anticipi non indica uno scoperto, i due crediti – del cliente, per il credito incassato e della banca, per l'anticipo concesso – si compensano *ex art. 56 legge fall. e, pertanto, le relative rimesse non hanno carattere solutorio, divenendo, invece, assoggettabili alla predetta azione revocatoria quando, come nella specie, le somme oggetto dell'originaria anticipazione siano state poste nella disponibilità del correntista sul conto corrente ordinario scoperto», Cass. civ. Sez. I, 20 giugno 2011, n. 13449; «Nell'ipotesi in cui tra banca e cliente (successivamente dichiarato fallito) fossero in "essere diverse linee di credito (conto corrente ordinario e conto anticipi), in presenza di un negozio di anticipazione su ricevute bancarie con contestuali accrediti dei finanziamenti così erogati sul conto corrente ordinario, le rimesse solutorie affluite sul conto anticipi sono autonomamente revocabili ove non siano revocabili – per mancanza dell'elemento soggettivo – le corrispondenti rimesse solutorie effettuate sul conto corrente ordinario, in quanto, nel momento in cui la banca incassa il credito anticipato, estingue il credito sorto con l'anticipazione stessa, venendo quindi integrata la fattispecie del pagamento di debito liquido ed esigibile, revocabile, nel caso di specie, quale mezzo normale di pagamento *ex art. 67, 2° comma, L.F. – R.D. n. 267/1942*. Non si registra, pertanto, alcuna duplicazione di importi da revocare e, in linea astratta, deve propendersi per la revocabilità di tutte le rimesse effettuate in accredito sul conto anticipi, a pagamento – da parte del terzo, "debitor debitoris" – del debito vantato dalla banca nei confronti del correntista anticipato», Trib. Bologna, Sez. IV, 15 marzo 2006.*

2.3. Annotazione degli interessi sul conto corrente ordinario provenienti da conti anticipi

Medesime considerazioni sono state svolte dal Tribunale di Torino, sezione VI, in persona del Giudice dott. Enrico Astuni, con sentenza del 20 giugno 2014.

In particolare, nel caso sottoposto al magistrato piemontese, il correntista aveva dedotto la nullità degli addebiti in mancanza di contratto scritto e l'applicazione di interessi anatocistici perché la competenza, pagata tramite conto corrente, concorrendo a formare il saldo passivo, avrebbe a sua volta generato interessi. Il Tribunale ha giudicato infondate le doglianze, in quanto:

a) secondo la normale operatività bancaria, desumibile anche dagli estratti di conto corrente prodotti, l'anticipo salvo buon fine (s.b.f. per effetti, ri.ba. ecc.) si qualifica come un'operazione creditizia giuridicamente autonoma rispetto al conto corrente di corrispondenza, pur se regolata tramite il conto corrente sia per quanto concerne l'accredito dell'anticipo e l'addebito (storno) dell'eventuale insoluto, sia per quanto concerne spese e competenze, che vengono abitualmente pagate tramite le disponibilità di conto corrente;

b) la circostanza che gli interessi maturati sulle autonome operazioni di anticipo siano stati pagati, confluendo e concorrendo a formare il complessivo saldo debitore del conto corrente, alla stregua di ogni altra operazione "in dare", esclude che essi possano conservare la propria natura di interessi ai fini dell'applicazione del divieto *ex art. 1283 c.c.*

Il principio espresso è stato il seguente:

L'addebito di interessi maturati sulle autonome operazioni di anticipo sul conto corrente ove pagati, confluendo e concorrendo a formare il complessivo saldo debitore del conto corrente, alla stregua di ogni altra operazione "in dare", esclude che essi possano conservare la propria natura di interessi ai fini dell'applicazione del divieto *ex art. 1283 c.c.*

2.4. Usura bancaria: irrilevanza della capitalizzazione trimestrale ai fini del computo del TEG

Sempre il Tribunale di Torino, con sentenza del 8 ottobre 2014¹³, in persona del dott. Bruno Conca, nel decidere in una controversia avente ad oggetto la verifica dell'usura oggettiva, in relazione alla capitalizzazione periodica ed ai relativi effetti sul tasso effettivo globale ha affermato che:

¹³ Sul web con nota di IENCO, *Usura: l'interesse capitalizzato (annotato e quindi pagato) non va computato nel tasso-soglia*, in *Ex Parte Creditoris - www.expartecreditoris.it* – 2014.

a) la contabilizzazione sul conto corrente fa perdere all'interesse la sua originaria natura giuridica, con la conseguenza che lo stesso da obbligazione secondaria si trasforma in obbligazione primaria («l'annotazione in conto degli interessi trimestralmente (e legittimamente) pattuiti EQUIVALE A PAGAMENTO per cui gli stessi interessi vengono conglobati nel capitale mutando, per l'effetto, il loro regime giuridico»);

b) la liquidazione degli interessi fatta dalla banca trimestralmente fa sì che gli stessi concorrano alla determinazione del capitale per il trimestre successivo per cui non vanno computati nel Tasso Effettivo Globale.

Il principio espresso è stato il seguente:

L'annotazione in conto per effetto della contabilizzazione ha un effetto solutorio, per cui la capitalizzazione degli interessi passivi non va considerata ai fini del TEG.

Nei casi appena illustrati, la contabilizzazione del versamento assume natura di pagamento e muta la natura dell'interesse, conglobandolo in un'unica obbligazione (al pagamento della rata di mutuo scaduta) ovvero determinando una variazione del saldo con effetto estintivo.

Per l'effetto, alcuna violazione dell'art.1283 c.c. può dirsi verificata, atteso che «non vi sono più» interessi sui quali far maturare altri interessi.

4. Sull'inconfigurabilità *tout court* dell'anatocismo nei rapporti regolati in conto corrente

A questo punto dell'analisi può giungersi ad una generalizzazione dei risultati, affermando l'inconfigurabilità dell'anatocismo *tout court* nei rapporti bancari regolati in conto corrente.

In essi – va dato per assunto – è pacifico che l'interesse matura giorno per giorno (cd. *dietim*), scade giorno per giorno, e può essere contabilizzato secondo l'accordo previsto dalle parti.

Invero autorevole dottrina ha sviluppato tale tesi in maniera articolata e lineare, mediante il seguente schema argomentativo:

- a) il conto corrente bancario è un contratto con cui la banca ed il cliente convengono di regolare i loro reciproci rapporti di dare ed avere, mediante annotazioni sul conto e non mediante materiale dazione di moneta legale;
- b) il saldo, disponibile da parte del cliente in qualsiasi momento, indica dunque la quantità di moneta bancaria che il correntista può utilizzare e l'annotazione sul conto da parte della banca modifica immediatamente la quantità di moneta bancaria disponibile;
- c) l'annotazione sul conto ha, nei rapporti tra banca e cliente, effetto immediatamente estintivo delle ri-

spettive obbligazioni; di conseguenza, il momento della «chiusura periodica del conto», altro non rappresenta che «il termine, che si succede periodicamente, nel quale crediti della banca verso il cliente (per interessi, spese, commissioni, ecc.) e crediti del cliente verso la banca (normalmente per interessi), crediti tutti traenti la loro origine nello svolgimento del rapporto di conto corrente, e non da causali estranee in sé al rapporto, come è normalmente nelle varie annotazioni, diventano liquidi ed esigibili, e vengono «esatti» con annotazione sul conto»;
d) pertanto, sotto il profilo più squisitamente giuridico, «ciò che impedisce di ravvisare la fattispecie dell'anatocismo nel conto corrente bancario è la circostanza che, con l'annotazione, il rapporto relativo agli interessi si estingue, onde non può parlarsi di interessi scaduti, che producono altri interessi»¹⁴.

Cambiando l'ordine dello schema, si può ritenere che la contabilizzazione sul conto corrente produca i seguenti effetti:

- 1) l'annotazione in conto modifica immediatamente la natura giuridica dell'interesse, facendovi perdere l'originaria qualificazione;
- 2) l'addebito di interessi maturati sulle autonome operazioni di anticipo sul conto corrente, ove pagati, confluendo e concorrendo a formare il complessivo saldo debitore del conto corrente, alla stregua di ogni altra operazione «in dare», esclude che essi possano conservare la propria natura di interessi ai fini dell'applicazione del divieto ex art. 1283 c.c.;
- 3) la contabilizzazione sul conto corrente fa perdere all'interesse la sua originaria natura giuridica, con la conseguenza che lo stesso da obbligazione secondaria si trasforma in obbligazione primaria («l'annotazione in conto degli interessi trimestralmente (e legittimamente) pattuiti EQUIVALE A PAGAMENTO per cui gli stessi interessi vengono conglobati nel capitale mutando, per l'effetto, il loro regime giuridico», per riprendere nuovamente le parole del Tribunale di Torino, dott. Bruno Conca, 8 ottobre 2014¹⁵).

Valutati in questi termini gli effetti dell'annotazione (estinzione del debito), non vi sono ragioni giuridiche per atteggiare tali effetti diversamente, quando

¹⁴ Cfr. COLOMBO, *Gli interessi bancari*, Roma 2014, pag. 76 e 77; in giurisprudenza App. Torino 7 maggio 2004; Trib. Roma, 11 novembre 2004 in *Giustizia Civile*, 2005 p.1835 ss. Le frasi virgolettate dell'ultimo periodo sono di FERRO-LUZZI, *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 201 ss.; ID., *Le opzioni ermeneutiche dell'ambito semantico, cit.*, p. 734 ss.; ID., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: «l'anatocismo bancario»; postulati e conseguenze*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, p. 5 ss. In senso conforme cfr. DE SIMONE, *Legittimità della prassi bancaria di capitalizzazione trimestrale degli interessi*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2002, II, pp. 602 ss.;

¹⁵ *Infra, sub d)*, sul web con nota di IENCO, *cit.*

si discuta di applicazione della normativa antiusura ovvero di revocabilità delle rimesse in conto, piuttosto che quando si controverta di possibile violazione del divieto di anatocismo.

Per effetto della contabilizzazione, infatti, il debito del correntista è estinto e l'addebito di interessi maturati, confluendo e concorrendo a formare il complessivo saldo debitore del conto corrente, alla stregua di ogni altra operazione "*in dare*", esclude che essi possano conservare la propria natura di interessi ai fini dell'applicazione del divieto *ex art.1283 c.c.*.

Se così non fosse, ci si dovrebbe limitare a prendere atto della contraddittorietà della giurisprudenza di merito e di legittimità, in quanto, laddove questa analizza problematiche diverse da quella della contabilizzazione degli interessi passivi, utilizza un criterio di giudizio nettamente opposto, riconoscendo all'annotazione in conto corrente, un effetto *lato sensu* "novativo", per effetto del quale non esiste più la singola voce "interessi", ma solo ed esclusivamente il nuovo saldo.

È contraddittoria, in altri termini – analogamente, quella dottrina che ipotizza la sussistenza di anatocismo sul presupposto che, anche a seguito dell'annotazione in conto, sarebbe possibile tenere distinte le due differenti obbligazioni (per capitale ed interessi), laddove invece, anche in tale ipotesi, come argomentato *supra*, il mutamento ontologico del debito fa sì che non esistano interessi scaduti (ed impagati).

Per "chiudere il cerchio", rispetto alle definizioni fornite in premessa, è agevole concludere che, se non vi sono interessi scaduti (divenuti esigibili e non pagati), non c'è anatocismo.

Al lettore di quest'articolo sembrerà una tesi irrealistica e fantasiosa, ma quanto riportato è solo la logica conseguenza dell'analisi del reale funzionamento del conto corrente.

L'errore di prospettiva compiuto da dottrina e giurisprudenza qui avvertite sorge da una valutazione parziale, che non tiene conto della (anche inconsapevole) diversa ed incompatibile qualificazione giuridica dell'annotazione in conto, che fa perdere inesorabilmente alla voce contabilizzata la propria natura.

Roberto Dante Cogliandro
Notaio

La società a responsabilità limitata unipersonale: aspetti notarili

abstract

The author, after reviewing the legislative evolution of the single member private limited liability company, analyzes in details the requirements and procedure for setting up the company, by emphasizing the notary's aspects.

keywords

Limited liability company - Single-member private limited liability company - Requirements and procedures for setting up.

abstract

L'autore, dopo aver esaminato l'evoluzione legislativa della società a responsabilità limitata con unico socio, approfondisce l'analisi dei requisiti costitutivi di tale forma societaria, privilegiando gli aspetti notarili.

parole chiave

Società a responsabilità limitata – S.r.l. unipersonale - Requisiti e modalità di costituzione.

sommario

1. Premessa: nascita ed evoluzione storico-legislativa della società unipersonale. – 2. Natura della società unipersonale. – 3. La responsabilità limitata: requisiti per poterne beneficiare. – 4. Costituzione della s.r.l. unipersonale. – 5. I contratti tra il socio unico e la s.r.l. unipersonale.

1. Premessa: nascita ed evoluzione storico-legislativa della società unipersonale

La società a responsabilità limitata unipersonale¹, è stata introdotta nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 88 del 3 marzo 1993, recependo la XII direttiva CEE n. 667 del 1989, contenente la disciplina delle società di capitali con un unico socio. Fino a quel momento, il codice civile del 1942, aveva riconosciuto la unipersonalità nelle società di capitali solo

¹ La s.r.l. è unipersonale allorché un unico socio è titolare dell'intero capitale sociale, a seguito di costituzione per atto unilaterale da un unico socio fondatore, ex art. 2463, comma 1, c.c., ovvero perché, in epoca successiva alla costituzione, un unico socio diviene titolare di tutte le partecipazioni sociali. Cfr. GENGHINI L. – SIMONETTI P., *Le società di capitali e le cooperative*, Tomo II, Padova, 2012, p. 861 e ss.

quando questa fosse sopravvenuta o derivata, con ciò riconoscendo la possibilità che vi fosse una società con un unico socio, ma al tempo lo privava del beneficio della responsabilità limitata. Solo con la ricezione della sopra menzionata direttiva comunitaria, il legislatore italiano riconosceva cittadinanza alle società di capitali unipersonali, ma con un certo disagio introducendo alcune limitazioni, sia riconoscendo la unipersonalità alle sole S.r.l., sia negando la possibilità di accedere al beneficio della responsabilità limitata all'unico socio che fosse allo stesso tempo una persona giuridica o comunque titolare di una partecipazione totalitaria in un'altra società di capitali.

La vera svolta si ha solo con la riforma del 2003 che, superata l'iniziale diffidenza del legislatore, estende il regime dell'unipersonalità anche alle S.p.A., ed elimina ogni condizione di accesso per beneficiare della responsabilità limitata. Restano comunque escluse dal quadro normativo citato le società in accomandita per azioni per l'ovvio motivo che l'unico socio non potrebbe beneficiare della responsabilità limitata ed essere allo stesso momento anche socio accomandatario – amministratore, al quale è riconosciuta, per legge, una responsabilità illimitata, e le società cooperative, poiché, come sancisce l'articolo 2522 c.c., comma 2, per cooperare bisogna essere almeno in tre.

Quanto alle società di persone è appena il caso di aggiungere che per quest'ultime non vige il regime della responsabilità limitata: quanto alle s.a.s. il motivo risiede nel modello strutturale che richiede due categorie di soci, quanto alle altre vi osta il precetto contenuto nell'articolo 2272 c.c., che riconnette al venir meno della pluralità dei soci una causa di scioglimento della società stessa.

2. Natura della società unipersonale

La difficoltà di riconoscere natura societaria alla società unipersonale, nasce innanzitutto dal fatto che la stessa società unipersonale sembra una contraddizione in termini, e poi perché diverse sono state le opinioni che nel tempo si sono interrogate sulla configurabilità di società allorché vi sia una situazione di unipersonalità.

Taluni autori² escludono il carattere societario della società unipersonale, in quanto il tratto associativo è irrilevante e mancante, trovandoci di fronte ad una impresa individuale esercitata attraverso il modello societario.

Altri³ ritengono invece che sia sufficiente ad integrare il fenomeno associativo il solo fatto di utilizzare, per lo svolgimento di un'attività produttiva, uno dei modelli organizzativi previsti in tema di S.p.A. e di S.r.l.

La via di mezzo è rappresentata da coloro⁴ che, ridimensionando la rilevanza pratiche delle due posizioni, ritengono che è pur vero che la società unipersonale deve attingere dalla disciplina dettata in tema di S.p.A. ed S.r.l. pluripersonali, ma è anche vero che in questa operazione bisogna tener conto del particolare carattere della unipersonale e verificare di volta in volta la compatibilità delle diverse norme richiamate. Tale ultima affermazione appare condivisibile con riferimento, ad esempio, al procedimento di formazione delle delibere assembleari, laddove detta disciplina è sicuramente connaturata al tipo societario pluripersonale; viceversa appare plausibile estendere la regola che prevede l'annotazione delle decisioni dei soci nel libro di cui all'art. 2478, comma 1, c.c., anche alle società unipersonali, stante il carattere di oggettivizzazione dell'attività imprenditoriale che si esplica con questa formalità; allo stesso modo nulla sembra ostare al fatto che anche nelle unipersonali si possa incorrere nel cosiddetto conflitto di interessi, che potrebbe sorgere tra il socio unico e la società, stante il fatto che una cosa è l'interesse del socio, altra è l'interesse della società, intesa quest'ultima come soggetto giuridico ulteriore e diverso dal socio⁵. Semmai, con riferimento a tale ultimo punto, potrebbe sorgere un problema di controllo, visto che quasi sempre le figure di socio unico e di amministratore confluiscono nella stessa persona o, se non è così, è possibile che si verifichi una certa sudditanza dell'amministratore nei confronti dell'unico titolare della partecipazione sociale, ciò naturalmente quando manchi l'organo di controllo sindacale. Si potrebbe porre rimedio a ciò, ipotesi avanzata da un illustre autore⁶, riconnettendo alla decisione presa

in conflitto d'interessi una responsabilità di carattere risarcitorio del socio, alla stregua di quella che lo stesso autore ha definito una responsabilità deliberativa.

3. La responsabilità limitata: requisiti per poterne beneficiare

Con riferimento alle S.r.l. unipersonali, le caratteristiche principali per beneficiare della responsabilità limitata, sono rappresentate dai principi contenuti nell'articolo 2462⁷ c.c., che a sua volta richiama gli articoli 2464 c.c. in tema di conferimenti e 2470 c.c. in tema di pubblicità.

a) conferimenti ex articolo 2464 c.c.

L'articolo 2464, comma 4, c.c., stabilisce che nel caso di costituzione con atto unilaterale, la liberazione dei conferimenti sottoscritti deve essere immediata (nel caso di unipersonalità sopravvenuta il termine per la liberazione è di novanta giorni) per il conseguimento da parte dell'unico socio del beneficio della responsabilità limitata. Questa previsione rappresenta una condizione necessaria ma da sola non sufficiente a far conseguire al socio il predetto beneficio, stante la necessità di dar corso anche ad alcuni oneri pubblicitari.

La previsione contenuta nel richiamato articolo è preordinata al rafforzamento della tutela di coloro che hanno rapporti con la società unipersonale e dunque della tutela del patrimonio stesso che deve essere garantito dalla effettività (reale) del capitale, e ciò scaturisce prevalentemente dal fatto che la società unipersonale è normalmente amministrata dall'unico socio o al più da un soggetto terzo che si trova in un rapporto di sudditanza nei confronti del socio unico, ragione per cui è apparso doveroso al legislatore dettare una disciplina più rigorosa rispetto a quella prevista per le società pluripersonali.

Quanto alla natura dei conferimenti, il rinvio operato dall'articolo 2462 c.c., è alquanto generico, e sembra richiamare l'articolo 2464 c.c. nella sua interezza, con ciò ammettendo la possibilità che i conferimenti possano essere liberati oltre che mediante versamenti in danaro, anche attraverso la stipula, che deve essere di importo corrispondente al loro intero ammontare, di una polizza assicurativa o di una fideiussione ban-

² OPPO, *Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, 187; SCIUTO – SPADA, *Il tipo delle società per azioni*, in *Trattato Colombo – Portale*, I, Torino, 2004, 79.

³ ANGELICI, *Il progetto di direttiva CEE sulla società unipersonale*, in *Riv. Dir. Comm.* 1988, I, 404; SPOLIDORO, *La legge sulla s.r.l. unipersonale*, in *Riv. Soc.*, 1993, 101; SORCI – STAGNO D'ALCONTRES, *Società unipersonali a responsabilità limitata*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 1072; PIRAS, *Le nuove frontiere della unipersonalità societaria: Saturno non divorerà più i suoi figli?*, in *Liber Campobasso*, 1, Torino, 2006, 344.

⁴ IBBA, *Società unipersonali*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1994.

⁵ SORCI – STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 1072; CIRENEL, *L'art. 2373 e la "nuova" disciplina del conflitto di interessi del socio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, 724.

⁶ ZANARONE, *Delle società a responsabilità limitata*, in *Il codice*

civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, 2 tomi, Milano, 2010, 1418.

⁷ Ai sensi dell'art. 2462 c.c., in caso di inosservanza degli obblighi di conferimento e pubblicità, sopra esaminati, scatta la responsabilità illimitata dell'unico socio, che ha carattere sussidiario, in quanto può essere fatta valere dai creditori sociali solo in caso di insolvenza della società. Cfr. sul punto RESTUCCIA D., *S.r.l. Unipersonale: problemi risolti e questioni ancora aperte*, in *Riv. notariato*, fasc. 6, 2011, p. 1343 il quale evidenzia come l'ambiguità della norma abbia fatto sorgere un acceso dibattito in ordine al reale significato del termine insolvenza e quindi su quale sia il presupposto minimo per l'applicazione della sanzione della responsabilità illimitata, l'insolvenza assoluta o l'insolvenza relativa.

caria come individuate dall'articolo 2464, comma 4, c.c.⁸. D'altronde la facoltà di ricorrere a polizze e a fideiussioni, purché esse riguardino l'intero importo del conferimento in danaro onde evitare di incorrere nella responsabilità illimitata dell'unico socio, fa conseguire alla società la piena disponibilità del conferimento, che nel caso della società unipersonale riguarda la sua totalità⁹.

Seguendo lo stesso ragionamento, nulla osta alla possibilità che i conferimenti siano liberati mediante la prestazione d'opera o di servizi da parte dell'unico socio, purché ciò avvenga nel rispetto dei tempi e delle modalità di cui ai commi 5 e 6 dell'articolo 2464 c.c.

In tale situazione, però, nel caso di insolvenza della società, la norma non sembra tutelare adeguatamente le ragioni dei terzi creditori sociali. Per questo motivo parte della dottrina¹⁰ ha ritenuto che in tale caso il socio unico non mantenga il beneficio della responsabilità limitata, in quanto il conferimento della prestazione d'opera o di servizi non è in grado di soddisfare la condizione dell'immediata integrale liberazione, condizione richiesta dalla legge sia per i conferimenti in danaro che per i conferimenti in natura al fine di garantire l'effettività del capitale sociale sottoscritto dall'unico socio. Tale opinione secondo cui l'unico socio non possa conservare né conseguire il beneficio della responsabilità limitata, seppur condivisibile dal punto di vista della salvaguardia della tutela dei terzi, appare come una forzatura del dettato normativo. Infatti, come già detto, l'articolo 2462 c.c. richiama l'articolo 2464 c.c. nella sua interezza, e quindi anche per ciò che concerne le modalità di esecuzione dei conferimenti d'opera e servizi; inoltre, l'articolo 2464 c.c., comma 4, consente il versamento integrale dei conferimenti in danaro mediante la stipula di una polizza o fideiussione bancaria di corrispondente importo, ipotesi questa che risulta assimilabile sotto il profilo delle modalità di esecuzione del conferimento, al conferimento d'opera accompagnato, come prevede la norma, da apposita garanzia¹¹.

⁸ Comitato Triveneto dei Notai, massima I.A.10 - (POLIZZA ASSICURATIVA O FIDEIUSSIONE BANCARIA SOSTITUTIVE DEL CONFERIMENTO IN DENARO E DPCM ATTUATIVO - 1° pubbl. 9/10) «La disposizione di cui all'art. 2464, comma 4, secondo periodo, c.c., in base alla quale il versamento iniziale dovuto al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo può essere sostituito da una polizza assicurativa o da una fideiussione bancaria, stipulata per un importo almeno corrispondente, è inattuabile fino a quando non saranno determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri le caratteristiche della polizza di assicurazione o della fideiussione bancaria.», in *www.notaitriveneto.it*.

⁹ Sui conferimenti v. DE LUCA N., *Conferimenti e creazione di valore. Note sui conferimenti di opere e servizi nelle società di capitali*, in *Rivista delle società*, fasc. 4, 2014, p. 723.

¹⁰ ROSAPEPE, *La società a responsabilità limitata*, Milano, 1996, 33.

¹¹ OLIVIERI, *Capitale e patrimonio nella riforma delle società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, 98.

La regola della liberazione immediata ed integrale dei conferimenti è confermata anche dal penultimo comma dell'articolo 2481 bis c.c. nel caso di sottoscrizione di aumento di capitale da parte dell'unico socio. La norma appena richiamata non fa alcun riferimento circa l'esenzione dalla responsabilità limitata in caso di mancato versamento, ma appare chiaro, se non si vuol rischiare di cadere in contraddizione con l'intera disciplina dettata in tema di S.r.l. unipersonali, che valgono anche in questo caso le regole previste dall'articolo 2464 c.c., con la conseguente applicazione della sanzione della perdita del beneficio della responsabilità limitata nel caso in cui in sede di aumento di capitale l'unico socio non provveda ad effettuare, contestualmente alla sottoscrizione, il versamento integrale del conferimento in denaro¹². Tra l'altro la liberazione integrale ed immediata dei conferimenti in sede di aumento del capitale sociale serve a tutelare i terzi, infatti, in caso contrario, in capo alla società figurebbe una disponibilità di risorse maggiore di quella effettiva¹³.

Diversamente dalla unipersonalità originaria la unipersonalità sopravvenuta, prevede una lieve deroga alla immediatezza della liberazione del capitale, infatti, l'articolo 2464 ultimo comma, c.c., concede al socio rimasto solo il termine di novanta giorni per provvedere al versamento dell'eventuale residuo mancante.

Dubbi sono sorti in merito al *dies a quo* dal quale far decorrere il richiamato termine dei novanta giorni. Di recente si è fatto coincidere detto termine iniziale con quello in cui la situazione di sopravvenuta unipersonalità diventa opponibile alla società¹⁴. Ad esempio, nel caso in cui la sopravvenuta unipersonalità derivi da un atto di cessione delle quote sociali all'altro socio, il *dies a quo* inizia a decorrere non dal momento in cui si verifica la vicenda traslativa, bensì dal momento in cui viene depositato il suddetto atto presso il registro delle imprese (articolo 2470, comma 1, c.c.).

Non può però sfuggire, seguendo tale autorevole tesi, come, nell'intervallo intercorrente tra i due momenti indicati venga a profilarsi una dissociazione tra appartenenza sostanziale ed intestazione formale della quota. Appare preferibile, pertanto, la tesi¹⁵ secondo cui la qualità di socio unico sia da attribuire al *dominus* effettivo della partecipazione sociale sin dal momento in cui si perfeziona la vicenda traslativa *in-*

¹² La giurisprudenza *ante* riforma ha in più occasioni affermato l'esistenza di una responsabilità disciplinare del notaio, ai sensi dell'art. 28 della legge notarile, tutte le volte in cui nella redazione dell'atto costitutivo contravvenga alla disposizione che prescrive, a pena di nullità, il versamento dell'intero capitale sociale all'atto della costituzione di società unipersonali. Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 12 gennaio 2001 n. 383, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 77 e in *Vita not.*, 2001, p. 949.

¹³ ZANARONE, op. cit.

¹⁴ In questo senso ZANARONE, op. cit., 335.

¹⁵ G.F. CAMPOBASSO, *La responsabilità del socio nella S.r.l. unipersonale*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 233.

ter partes, potendo le parti, ai fini della opponibilità, ad esempio, richiedere al notaio rogante una certificazione che attesti l'avvenuta cessione e l'attribuzione della partecipazione totalitaria in capo all'unico socio.

b) pubblicità

Altro presupposto necessario per accedere al beneficio della responsabilità limitata riguarda l'onere posto a carico dell'unico socio, o colui che diventa tale, di ordine pubblicitario¹⁶. L'articolo 2470, comma 4, c.c., prevede una serie di adempimenti cui il socio unico è tenuto, prevedendo che gli amministratori hanno l'obbligo di depositare per l'iscrizione presso il registro delle imprese apposita dichiarazione contenente l'indicazione del nome e del cognome o della denominazione, della data e del luogo di nascita o lo stato di costituzione, del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio.

Taluni autori¹⁷ hanno ritenuto che fosse superfluo il deposito della testè richiamata dichiarazione nel caso di unipersonalità originaria, stante il fatto che le generalità dell'unico socio sono contenute nell'atto costitutivo. Di contro¹⁸ è stato obiettato che la necessità della dichiarazione anche in sede di costituzione della s.r.l. unipersonale è stata voluta dallo stesso legislatore al fine di garantire una maggiore trasparenza volta prevalentemente a tutelare coloro che entrano in contatto con la società.

A tal proposito, taluni autori¹⁹ hanno sottolineato che la necessità di pubblicizzare la natura unipersonale della società discende anche dal carattere *intuitu personae* della società con unico socio, da cui deriverebbe la volontà, ad esempio, del terzo di concedere o meno credito a seconda che l'identità dell'unico socio li rassicuri o meno.

Con riferimento, invece, agli obblighi di informazione, l'articolo 2250 c.c., comma 4, prevede che nella corrispondenza e negli atti della società debba essere contenuta l'indicazione della unipersonalità, viceversa tale indicazione non sarà necessaria nella denominazione sociale²⁰, cosicché, in ossequio ad

una condivisibile ragione di fluidità legata alla complessiva gestione della s.r.l., non sarà necessario procedere ad una modifica dell'atto costitutivo in caso di concentrazione o disaggregazione delle quote sociali. A proposito degli adempimenti pubblicitari previsti per le società di capitali, l'articolo 42 della legge n. 88 del 7 luglio 2009 (cd. Legge Comunitaria), legge con la quale il nostro legislatore ha recepito la direttiva comunitaria n. 2003/58/CE del 15 luglio 2003, ha modificato l'articolo 2250 c.c. prevedendo l'introduzione di tre nuovi commi, e l'articolo 2630 c.c., relativo agli aspetti sanzionatori connessi al mancato rispetto del dettato del suddetto articolo 2250 c.c., con decorrenza dal 29 luglio 2009. Il novellato articolo 2630 c.c. prevede, infatti, che chiunque, essendovi tenuto per legge a causa delle funzioni rivestite in una società omette di fornire negli atti, nella corrispondenza e nella rete telematica le informazioni prescritte dall'articolo 2250 primo, secondo, terzo e quarto comma, è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria.

Fine ultimo della norma è quello di tutelare il terzo, in modo tale da metterlo nella condizione di poter accedere alle informazioni più importanti relative alla vita della società. Così, ad esempio, imponendo di inserire negli atti e nella corrispondenza le indicazioni circa la registrazione dell'ente, si pone il terzo nella condizione di poter consultare lo statuto e gli altri atti della società depositati presso il Registro delle Imprese, inoltre il terzo potrà accedere alle informazioni relative al capitale sociale e quindi relative alla consistenza patrimoniale della società, potrà sapere se la società è in liquidazione, e quindi destinata a sciogliersi, e potrà decidere se fare affidamento o meno sulla persona dell'unico socio, nel caso di società unipersonale.

4. Costituzione della s.r.l. unipersonale

La società unipersonale, pur avendo un solo socio, continua a funzionare secondo le regole ordinarie²¹. C'è quindi l'assemblea, anche se composta da una sola persona, un organo amministrativo, che può essere il socio stesso, ma anche essere composto da una o più persone estranee alla società, e, se necessario, l'organo di controllo.

Dal punto di vista notarile, e precisamente con riferimento alla costituzione di una società a responsabilità limitata con socio unico, si fa rilevare che non sussistono differenze con l'atto costitutivo e con lo statuto previsti per la società pluripersonale. L'atto costitutivo

nomina ma va semplicemente aggiunta alla denominazione, e pertanto non deve essere modificato lo statuto al riguardo», in www.notaitriveneto.it.

²¹ Per un approfondimento sulla tassazione in materia societaria v. SALVINI L., *Diritto societario e diritto tributario: dieci anni dalle riforme*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 4, 2014, p. 698. Per un approfondimento sulle tendenze europee v. BARTOLACELLI A., *Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2014, p. 519.

¹⁶ Sulla responsabilità del socio unico per inadempimento degli obblighi pubblicitari cfr. MUGAVERO R., *responsabilità del socio unico per inadempimento degli obblighi pubblicitari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 3, 2014, p. 528.

¹⁷ SPOLIDORO, *op. cit.*, 101; G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 246.

¹⁸ SORCI – STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 1072.

¹⁹ GALGANO, *sub art. 2325*, in *Delle società per azioni*, in *Commentario Scialoja - Branca*, a cura di Galgano, Bologna - Roma, 2006, 25.

²⁰ Sulla denominazione v. Comitato Triveneto dei Notai, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, settembre 2011, massima C.A.4 – (SOCIETÀ UNIPERSONALE – 1° pubbl. 9/04): «In caso di società con unico socio l'indicazione “società unipersonale” ovvero “società con unico socio” prescritta dall'art. 2250 c.c. non deve rientrare nella de-

e lo statuto restano i soliti, anche se alcune clausole, come ad esempio, la clausola di prelazione, la clausola di gradimento, oppure la clausola che consente ai soci di prendere le decisioni anche senza incontrarsi sottoscrivendo separatamente un documento da cui risulta l'argomento della decisione e il proprio consenso, non possono trovare applicazione fino a che la società ha un unico socio. Bisogna infatti tenere presente la possibilità che il numero dei soci aumenti, durante la vita della società, in seguito ad esempio ad una cessione di quote.

Si pensi, altresì, agli articoli dello statuto in tema di assemblea; in una società unipersonale, infatti, è strano parlare di assemblea, eppure la legge prevede che l'unico socio prenda le decisioni in questo modo. Non è necessario, ovviamente, fare le convocazioni, ma le delibere dell'unico socio devono essere formalmente verbalizzate. In realtà, anche nelle società unipersonali può accadere che l'assemblea sia composta da più persone, dato che oltre al socio unico deve intervenire l'organo amministrativo. Spesso questo è un amministratore unico, che coincide con l'unico socio, ma altre volte l'amministratore è una persona diversa dal socio unico, e addirittura potremmo avere un consiglio di amministrazione composto da più persone, tra cui può esserci o meno il socio unico. Infine, la società unipersonale potrebbe avere bisogno dell'organo di controllo, composto da uno o più sindaci. Ciò accade se il capitale è superiore al limite di legge, oppure si superano gli altri parametri dimensionali, e comunque avviene sempre nella s.p.a. Ecco dunque che la nostra assemblea si fa sempre più affollata. C'è un solo socio, è vero, ma ci possono essere tanti amministratori e uno o più sindaci.

Una società, dunque, può nascere con un unico socio e diventare poi pluripersonale, se entrano nuovi soci, oppure può nascere come una normale società con più soci, e diventare poi unipersonale nel corso della sua vita. In entrambi i casi lo statuto, se è ben formulato, può rimanere sempre lo stesso. Il ruolo del notaio è, dunque, quello di tenere presente, nella formulazione dello statuto di una società a responsabilità limitata unipersonale, questi diversi aspetti e tali molteplici circostanze che possono verificarsi nella dinamica vita societaria, prevedendo clausole che seppur non applicabili nell'immediato, daranno alla società la possibilità di rinnovarsi e modificarsi con estrema facilità e rapidità, qualora si dovessero verificare alcune delle fattispecie già previste dallo statuto, e, con ciò, evitando dispendi di tempo e danaro occorrenti per una modifica dell'atto costitutivo.

5. I contratti tra il socio unico e la s.r.l. unipersonale

Dopo aver tracciato un quadro strutturale della s.r.l. unipersonale appare opportuno soffermarsi sui rapporti interni che intercorrono tra l'unico socio e la

società²². A tal uopo, non è superfluo specificare che la legge non vieta i rapporti tra la società unipersonale e il suo unico socio, tuttavia, essendo accentuato il rischio che vengano poste in essere operazioni in conflitto di interesse²³ tra l'unico socio e la società, il legislatore ha posto degli obblighi in capo all'unico socio, il quale sarà tenuto a documentare tutti i rapporti intercorrenti tra lo stesso e la società al fine di poterne accertare la specifica giustificazione e l'inerenza all'oggetto sociale. A tal proposito, l'articolo 2478 c.c., comma 3, prevede che i contratti tra la società ed il socio unico, ed in genere tutte le operazioni che vanno a favore del secondo, non sono opponibili ai creditori della società se non sono trascritti nel libro delle adunanze del consiglio di amministrazione o se non risultano da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento. In mancanza di tale documentazione, il socio unico non potrà far valere i diritti che dovessero derivargli dai contratti stipulati o dalle operazioni concluse. La menzione nel libro delle decisioni degli amministratori ovvero la redazione di un atto scritto avente data certa, consentono, dunque, di rendere il contratto o l'operazione opponibili ai terzi creditori. È ovvio che, anche qualora le indicazioni suddette siano rispettate, i contratti e le operazioni conclusi in frode ai creditori siano da ritenersi inopponibili ai terzi creditori²⁴.

Per esempio il socio unico potrebbe far chiedere alla S.r.l. unipersonale un prestito con il quale comprare il bene immobile del socio unico ad un prezzo superiore a quello di mercato. Con ogni probabilità la relazione di stima verrebbe effettuata da un revisore dei conti scelto dallo stesso socio unico, pertanto, appare alquanto inverosimile che l'esperto si troverà a rispondere dei danni causati da un'errata stima, oltre che alla società e al socio (che da una vicenda del genere non è evidentemente danneggiato), anche ai terzi; tra l'altro, una stima sul valore è difficilmente contestabile se non per differenze clamorose. D'altronde, il socio unico che abbia provveduto alla integrale liberazione dei versamenti ed abbia assolto tutti gli adempimenti pubblicitari, non andrà incontro a nessuna responsabilità, né economica, né penale.

Non solo la vendita di un bene del socio unico da parte della S.r.l. unipersonale, ma anche la vendita da parte di quest'ultima di un bene sociale al socio unico (anche in sottocosto), o un contratto di affitto con il quale il socio unico affitta un proprio immobile alla S.r.l. unipersonale (ad un prezzo elevato), o addirittura

²² IORI M., *Srl semplificata e a capitale ridotto*, 2012, p. 182 e ss.

²³ Sul conflitto di interessi dell'amministratore unico di società per azioni e di società a responsabilità limitata v. LUPETTI M. C., *Conflitto di interessi dell'amministratore unico di società di capitali*, in *Le società*, n. 10/2005, p. 1235 e ss.

²⁴ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2009, p. 177, nota 59 e GENGHINI L. – SIMONETTI P., *Le società di capitali e le cooperative*, Tomo II, Padova, op. cit., p. 81 e ss.

la cessione gratuita dell'uso di beni sociali al socio unico potrebbero essere perfettamente legali, pur causando un evidente danno al patrimonio sociale, e quindi una riduzione delle garanzie per i terzi che vantano crediti nei confronti della S.r.l. unipersonale, o che hanno anche un interesse legittimo, come potrebbe essere il caso dei dipendenti della S.r.l. unipersonale.

In sostanza i creditori della S.r.l. unipersonale potrebbero trovare a garanzia dei propri crediti un bene il cui valore è inferiore al totale dei crediti da loro vantati.

Resta in ogni caso da sottolineare che nel caso in cui dalla documentazione relativa ai contratti stipulati dall'unico socio ed alle operazioni dallo stesso concluse dovesse emergere l'utilizzazione sistematica della società per fini extra-sociali del socio unico, questi dovrà sicuramente ritenersi decaduto dal beneficio della responsabilità limitata. Analogamente dovrà escludersi il beneficio della responsabilità limitata nel caso in cui in presenza della accertata esistenza di contratti e/o operazioni tra l'unico socio e la società, la documentazione scritta manchi del tutto. In quest'ultimo caso secondo la dottrina,²⁵ non sarebbe sufficiente la sola sanzione della perdita del beneficio della responsabilità limitata, ma vi sarebbe un abuso da parte del socio della responsabilità limitata.

²⁵ Così GALGANO, *op. cit.*, 25.

Vittorio Occorsio

Notaio in attesa di nomina - Ricercatore di Diritto Privato Università Telematica Pegaso

La responsabilità dell'«editore di fatto» ai sensi dell'art. 2497 c.c.

Nota a Trib. Cassino. 26 gennaio 2015, n. 106

abstract

Is liable pursuant to Article 2497 Italian Civil Code, jointly with the publisher, the editor and the author of the article, also the editor-de facto of the newspaper where articles with defamatory content have been published.

keywords

Editor de facto – Group liability.

abstract

Risponde ai sensi dell'art. 2497 c.c., in solido con l'editore, il direttore e l'autore dell'articolo, anche l'editore di fatto della testata in cui siano stati pubblicati articoli aventi contenuto diffamatorio.

parole chiave

Editore di fatto – Responsabilità da direzione e coordinamento di società.

Diffamazione a mezzo stampa – Risarcimento del danno – Responsabilità ex art. 2497 c.c.

In caso di esercizio di fatto dell'attività di editore, si può essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 2497 c.c., in solido con l'editore, il direttore e l'autore dell'articolo avente contenuto diffamatorio.

Trib. Cassino 26 gennaio 2015, n. 106

Giud. Sordi.

(Omissis)

Motivi della decisione

Con atto di citazione del 18.09.2009 regolarmente notificato il sen. U. Di G. ha convenuto in giudizio il sig. G.P. (all'epoca dei fatti direttore della E.C.O. s.r.l.), il sig. C.G. (all'epoca responsabile dell'edizione M. del quotidiano N.M.O.), il sig. Di B. P. (giornalista di detta testata, sotto lo pseudonimo di "C.S."), l'allora sen. C.G. (quale editore di fatto del medesimo giornale), per chiedere la loro condanna in solido al risarcimento dei danni cagionatigli da decine di articoli diffamatori pubblicati sul suddetto quotidiano dal 15.02.2008 al 27.06.2009 in esecuzione di una denunziata campagna denigratoria, nonché la loro condanna al pagamento di una riparazione a termini dell'art 12 della l. n. 47/48 ed alla pubblicazione della sentenza.

Costituitisi in giudizio, i convenuti hanno preliminarmente eccepito l'incompetenza per territorio di questo Tribunale, il sen C. anche l'insindacabilità delle opinioni espresse a termini dell'art. 68 Cost.; nel merito, tutti hanno rivendicato il diritto di critica negando che detti articoli di giornale potessero esser ritenuti diffamatori.

La Corte di Cassazione, adita per regolamento di competenza a seguito dell'ordinanza con la quale questo Giudice l'aveva declinata, ha affermato doversi svolgere il processo innanzi a questo Tribunale.

Il Senato della Repubblica, cui lo scrivente Giudice aveva inoltrato sua richiesta ai sensi dell'art. 3 della l. n. 140/03, ha affermato che le espressioni utilizzate negli articoli del quotidiano N.M.O., per quanto attribuibili all'on. C. quale editore di fatto della testata, non possono esser ritenute opinioni espresse da un membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni e non ricadono, pertanto, nell'ipotesi di cui all'articolo 68, primo comma, della Costituzione.

Riassunta la causa da parte attrice, anche nei confronti della Curatela del, nel frattempo, pronunciato fallimento della E.C.O. s.r.l., rimasta contumace, all'udienza del 3.10.14 le parti rassegnavano le rispettive conclusioni come da relativo verbale qui da ritenersi trascritto.

Stante il disposto degli art. 24 e 52 della L. Fall. è dichiarata improcedibile la domanda per come rivolta dalle parti attrici nei confronti della Editoriale Ciocceria Oggi s.r.l. dichiarata fallita nel corso del presente procedimento.

Secondo il costante insegnamento della Suprema Corte, non sussiste la vis attrattiva del tribunale fallimentare nei confronti delle ulteriori analoghe istanze rivolte nei confronti degli altri convenuti.

“La regola di cui alla l. fall., art. 24 non comporta l'attrazione alla competenza del tribunale fallimentare anche della domanda proposta contro il fideiussore del fallito o contro altro debitore in solido che sia *in bonis*” (Cass n. 16535/12; n. 25403/09; n. 4464/11).

Nel merito, i principi guida cui attenersi nel valutare i fatti di causa sono quelli ribaditi più volte dalla Corte regolatrice: “In ordine alla configurabilità dell'esercizio del diritto di cronaca e del diritto di critica, che rispetto al primo consente l'uso di un linguaggio più pungente ed incisivo, presupposti per il

legittimo esercizio di entrambi sono: a) l'interesse al racconto, ravvisabile quando non si tratti di interesse della generalità dei cittadini, ma di quello generale della categoria di soggetti ai quali, in particolare, si indirizza la pubblicazione di stampa; b) la correttezza formale e sostanziale dell'esposizione dei fatti, nel che propriamente si sostanzia la c.d. continenza, nel senso che l'informazione di stampa non deve trasmodare *in argumenta ad nomine* né assumere contenuto lesivo dell'immagine e del decoro; c) la corrispondenza tra la narrazione dei fatti realmente accaduti, nel senso che deve essere assicurata l'oggettiva verità del racconto, la quale tollera, perciò, le inesattezze considerate irrilevanti se riferite a particolari di scarso rilievo e privi di valore informativo (Cass n. 22600/13).

“In tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, il diritto di cronaca soggiace ai limite della continenza, che comporta moderazione, misura, proporzione nelle modalità espressive, le quali non devono trascendere in attacchi personali diretti a colpire l'altrui dignità morale e professionale, con riferimento non solo al contenuto dell'art. ma all'intero contesto espressivo in cui l'art. è inserito, compresi titoli, sottotitoli, presentazione grafica, fotografie, trattandosi di elementi tutti che rendono esplicito, nell'immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un art., e quindi idonei, di per sé, a fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi. (Cass n. 2661/13; n. 20608/11).

Ebbene, dalla lettura dei diversi articoli apparsi sul quotidiano N.M.O., se risulta che, in alcuni casi, gli stessi fecero riferimento a fatti di oggettivo interesse pubblico con corredo di espressioni costituenti manifestazione del diritto di critica come tale certo non censurabile, in numerosi altri, di seguito richiamati, effettivamente non è dato ravvisare né l'illustrazione di accadimenti di effettivo interesse pubblico né può dirsi rispettato il limite della continenza per il voluto eccesso dei termini e della titolazione utilizzati al fine di ingenerare nel lettore il convincimento che il dr. U. Di G., coordinatore regionale di un partito politico, ex assessore alla sanità della Regione Molise, primario cardiologo della U.t.i. cardiologica dell'ospedale civile di Isernia, fosse soggetto assolutamente indegno di rivestire tali cariche politiche e detto ruolo professionale, privo delle pur minime capacità (se non delle facoltà mentali) per ricoprirle, di alcuno scrupolo nel pregiudicare le sorti del territorio di appartenenza al fine di assecondare gli appetiti speculativi propri e del gruppo politico di appartenenza.

Negli articoli che sotto si riportano è certo stato superato anche il limite cui la Suprema Corte ha specificato dover comunque esser mantenuto il diritto di satira:

“In tema di diffamazione a mezzo stampa, la satira costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica e può realizzarsi anche median-

te l'immagine artistica come accade per la vignetta o per la caricatura, consistenti nella consapevole ed accentuata alterazione dei tratti somatici, morali e comportamentali delle persone ritratte. Diversamente dalla cronaca, la satira è sottratta al parametro della verità in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su un fatto ma rimane assoggettata al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito. Conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato. Non può, invece, essere riconosciuta la scriminante di cui all'art. 51 c.p. nei casi di attribuzione di condotte illecite o moralmente disonorevoli, di accostamenti volgari o ripugnanti, di deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo della persona e ludibrio della sua immagine pubblica.” (Cass n. 2841 1/08; 1753/12; 23314/07).

Il superamento di tali limiti e l'intento diffamatorio, dunque, per quanto detto appare all'evidenza nei seguenti articoli.

Prima pagina del 1.2.07 (doc. 1 fascicolo attore): “Lui ormai tutto in politica, principe consorte della Goebbels molisana, sono tutti impegnati a fare molto di più per consolidarsi. U. Di G., ormai felice assessore alla Sanità, qualche incidente ospedaliero a parte, è oramai all'opera della conquista totale del potere. Ed allora, se un Di G. esce, una P. entra. E come farebbe la Sanità italiana, ma soprattutto la sanità molisana, a non avere un Di G. famiglia alle porte? E le porte sono state aperte cosicché l'incarico di primario regionale dei progetti di prevenzione cardiovascolare da U. Di G. è passato a R. P., da cognato a cognato. Tutto va bene madama la marchesa. In questo caso è inutile a dirsi, la marchesa si sa chi è!”.

Prima pagina del 15.2.08 (doc. 2) : “Tuttavia, devono però sapere i lettori che a guidare la sanità molisana I. Tse Tung (il presidente della giunta regionale) non vi ha posto né un tecnico (e l'odierno attore è primario medico) né un politico; vi ha posto Mago Zurlì che, nello Zecchino d'oro regionale, ha il poco invidiabile merito di portare un nome adeguato alla propria statura. Vi ricordate Ulisse nell'Odissea? Non si faceva chiamare Nessuno? “: siamo, qui, all'invettiva pura, all'insulto contro la persona e il di lui decoro personale e professionale. E così costantemente nei successivi articoli.

Prima pagina del 20.2.08 (doc. 3): “Il direttore dell'agenzia di stampa Novosti, nonché assessore alla sanità della regione Molise, U. Sansone Ercole Maciste Di G....”.

Il 5.3.08 (doc 4): “Noi abbiamo fatto scoperta che desterà un certo scalpore. U. Maciste Ercole Di G., detto Sansone, unico esemplare vivente degli uomini che popolavano la terra prima dell’invenzione della ruota...”.

Il 18.3.08 (doc 6): “Quell’evento memorabile ci è venuto in mente pensando alla candidatura al senato del nostro editore G.C., e quella dell’assessore senza voti U. Ercole Sansone Di G., detto Maciste. Sembra che, da una simulazione effettuata dai commessi del Senato sulla futura assegnazione dei posti, quello di C. sia una fila superiore a quella di U. Maciste, ed esattamente corrispondente allo scranno di quest’ultimo. Coincidenza che ci lascia ben sperare; vorremmo infatti che, ogni giorno, il processo verbale della seduta si aprisse con l’annotazione delle seguenti parole “come da regolamento, i lavori dell’assemblea di sono aperti, su richiesta del popolo molisano, con una sonora tirata d’orecchi del senatore C. al senatore Di G., a testimonianza di come il Molise, anche se irrimediabilmente colpito, abbia imparato ad affrontare virilmente la sventura”.

Il 2.4.08 (doc 8): “La Camillina e il nostro U. Maciste sono opera, come dire, di uno stato digestivo; due candidati che Charlie Brown ha creato per dimostrare all’Italia una sola cosa: come sarebbero un bigné e un cannolo se avessero l’uso della parola”.

L’ 11.4.08 (doc. 10): “Noi siamo stato sempre convinti, secondo gli insegnamenti della cultura popolare, che le sciagure non vengono mai da sole, ma che U. Maciste, con quella su aria da bidello di orfanotrofio...”.

Il 13.4.08 (doc. 11): “Quest’uomo, che insieme a S.C. è certamente devoto a Santa Rita, della santa degli impossibili perché concede grazie impossibili, da martedì mattina appoggerà le sue onorevoli terga al Senato che, come tutti sanno, fino a lunedì sera verrà ancora chiamato “Camera Alta in ossequio all’elevato e altissimo rango di coloro che la compongono, da martedì, invece, in omaggio alla consistenza dei pensieri di U. Maciste, assumerà il nuovo nome di “Camera d’Aria”.

Il 18.4.08 (doc 12): “Alle Capannelle, invece, hanno nitrito e corso abbinati alla lotteria di Agnano, il senatore U. Maciste e l’onorevole C.”.

Il 9.5.08 (doc 14): “E’ un fatto oramai certo: quelli di F. I. Molise, e specialmente quelli della provincia di Isernia, cui Di G. appartiene, sono dei comici nati: sono i fratelli Marx della nostra regione. Sono dei professionisti, come dice U. Maciste. Professionisti si: della cotoletta a fine mese”.

Il 9.6.08 (doc 18): “Sembra che maciste, per mancanza della materia prima, non soffra mai di mal di testa; al contrario, soffre di soffi alle orecchie, cui la senatoriale testa è stata posta a necessario supporto... Ora Maciste, il cui peccato più grave non è essere senatore, ma l’essere venuto al mondo quest’uomo nato prima che inventassero il sorriso, dobbiamo essere grati. Ci fa

sapere del suo impegno contro le tossicodipendenze, tra cui l’alcool. Lo terremo presente per il prossimo quiz delle

Jene, raccomandiamoci che per Maciste, specie prima di scrivere, un palloncino sia sempre a disposizione”.

L’11.6.08 (doc. 20): “Se fosse un tempo, Maciste sarebbe nebbia, e se fosse un’ora sarebbe di notte: insomma, egli non è mai quel che sembra, ma solo quel che resta quando la notte e la nebbia si sono levate: nessuno Nella foto Maciste è venuto senza testa ma, va detto, senza alcuna colpa del fotografo”.

Il 3.7.08 (doc. 23): “A Palazzo Madama, quando lo vedono arrivare, con quel suo passo “macchu picchu” di chi sembra scendere dalle Ande peruviane i commessi del Senato preparano immediatamente carta, penna e calamaio. Eh sì, perché Maciste, per chi non lo sapesse, è una all’antica ed alla biro, o alla tastiera, preferisce la penna che, nel caso suo, non sarà mai d’aquila, ma di pollo, al più di pollastrella”.

Il 14.7.08 (doc 25): “I pastori vedono le comete, mentre Maciste, al più, vede i neon delle insegne. Maciste non è un pastore, politicamente egli è un agrario fatto principe, seppur della zolla, e noi lo vorremmo, questo Marco/io della zolla, nei campi. Due braccia, come dire, rubate e restituite all’agricoltura”.

Il 29.8.08 (doc 29): “Eravamo dinanzi al Pantheon (al cui interno i due cercano abusivamente casa) quando, repentina, è arrivata una grossa auto blu. Fermatasi, l’autista senza indugio è corso a spalancare la portiera e, l’uno dopo l’altro non ne è sceso nessuno. Erano Maciste e nuestra senora assessora F.

Faccia come se io non ci fossi, ripetevano i due ai passanti i quali, ovviamente, non vendendoli, non ne potevano constatare l’assenza. Non esistono infatti documenti, dai laboratori di genetica alle mappe della National Geographic, che abbiano mai previsto l’esistenza di questi nostri due immaginifici politici. Loro stessi, interrogati sull’argomento, hanno dichiarato sì di essere venuti al mondo, ma di non essere mai stati preventivamente interpellati...”.

Il 2.9.08 (doc 30): “...Possiamo capire che il senatore Maciste, intimo degli orsi, abbia preso casa sulla Majella”.

Il 23.10.08 (doc 31): “Loro signori, indispensabili ai destini della nostra Regione e dell’amata Patria, sono venuti al mondo loro malgrado, senza essere preventivamente interpellati, e dato che c’erano, hanno pensato bene di darsi più che all’ippica alla politica, ciò a dimostrazione del fatto che, se per correre negli ippodromi bisogna essere cavalli (o cani, nei cinodromi) per correre (direbbero gli americani) alle elezioni va bene qualsiasi cosa”.

Il 29.10.08 (doc 31): Obiettivo, quello di ricostruire il coordinamento del PDL, definizione con la quale questi teppisti del dizionario della lingua italiana hanno definito un ciclopico trappolone politico. Parlano

del PDL e pensano alla cotoletta. Siedono, o meglio giacciono, in questa cassa sepolcrale inventata dal senatore Maciste, novello “Frate Cipolla Molti esempi di umani buoni per le autopsie. Costoro, la maggior parte dei membri e delle membra, messi accanto ad una salma decapitata, sono la dimostrazione di come senza testa si impossibile vivere ma senza cervello si possa fare carriera politica. Frate Maciste, come Frate Cipolla nel Decamerone, usa ed abusa della credulità popolare”.

Il 10.11.08 (doc. 36): “L’ unica volta che il senatore Maciste si è imbattuto nella parola “cervello” – quello politico si intende – è stato quando glielo hanno servito fritto al ristorante. Questo yeti di Caravilli, famiglia delle alte sfere e indebitamente sottratto alle nevi himalayane, è salito talmente in alto tanto da precipitare dall’abbaino nel quale vive a Palazzo Madama aspettiamo che lo portino in piazza Navona, con un colombo in testa e uno sul braccio, a vendere il becchime, l’unica ragione che giustificerebbe la sua residenza romana”.

Il 17.11.08 (doc. 37): “L’intervista rilasciata dal posto fisso assegnatogli in piazza Navona, dove U. Maciste è uso sostare con un colombo intesta, andrebbe sottoposta al test etilometrico, tanto sono euforizzanti le considerazioni fatte da Maciste nel corso di questa chiacchierata, come dire? Al vermouth, Frate Cipolla, che spacciava ai contadini le penne di gallina per quelle dell’arcangelo Gabriele”.

Il 26.11.08 (doc 38): “Piazza Navona - Mostrandosi così come dio l’ha fatto, a polsini stracciati e con l’aria da gallo cedrone, il senatore Maciste è intervenuto sulla proposta di legge regionale a sostegno dell’editoria. U. Maciste che, insieme alle mosche, è una delle cose più inutili inventate dal creatore il Von Karajan di Carovilli, intento com’è a diriger l’orchestrina delle esequie, è sordo ad ogni ragionamento. Che fare? Nulla! Come dice Calvino nel Barone Rampante “La pazzia è una forza della natura, la minchioneria una debolezza e noi in Molise quanto a politici minchioni deteniamo il primato”.

L’8.12.08 (doc. 39) sempre in prima pagina: “Il senatore Maciste, così come ce lo mostrano le foto, con quella sua tipica espressione da cernia (per capirci a bocca aperta e mezza chiusa)”.

Il 20.12.08 (doc. 40): “L’unico, vestito da se stesso, col cappello di mollica in testa, col vestito di carta come Pinocchio, era il senatore Maciste, chiuso nello stanzino delle scope a cantare “Lu maritiello (vino vino) intelligenti pauca”.

Il 31.12.08 (doc. 43): “Dopo “0’ pallone e Maradona” e “A capa ‘Lavezzi” i fuochisti di tutto il mondo, su nostro ordine, hanno inventato il botto definitivo: “O pallone ’e Maciste Noi in realtà avevamo ordinato “A capa e Maciste” ma l’assenza di materia prima, ha reso impossibile l’impresa”.

Il 7.1.09 (doc. 44): “Quando nei giorni scorsi si

è diffusa la notizia del ritrovamento di un cadavere al largo di Termoli, noi non abbiamo dato molto peso alla cosa. Tuttavia, quando s’è poi saputo che esso era privo di testa, abbiamo immediatamente pensato ad un gesto insano del senatore Maciste temendo, seriamente, per il futuro della nostra occupazione. Se quest’uomo sparisse, noi piomberemmo in uno stato di perenne, angosciosa e irrimediabile disoccupazione. Ma è stato un falso allarme, pur sempre privo della materia prima, cioè di quella cosa rotonda che egli, non comprendendone l’uso, chiama osso, è tornato a farsi sentire”.

Il 10.1.09 (doc. 45): “Pensate, di recente ne è stata scoperta una anche in Senato. Raffigura una scena di caccia e si vede il senatore Maciste, con una zampirone in testa, inseguito da una muta di cani tra sfingi, leoni e palmette. Visto il soggetto, Maciste, in un primo momento si era pensato ad una natura morta, cosa plausibilissima, poi, viste le evoluzioni, s’è pensato che tale definizione s’adattasse meglio al PD. I morti del Piddì molisano sono talmente uccisi e defunti che, al confronto, anche una salma come quella di Ulisse Maciste sembra Pietro Mennea alla del 200 metri”.

Il 25.2.09 (doc. 47): “Quest’uomo non lo vuole proprio nessuno non lo vogliono nemmeno al Senato dove, scambiandolo per un venditore di gratta checca, i commessi di Palazzo Madama gli hanno regalato un chiosco in piazza delle Cinque Lune. Chi è stato a Roma di recente, come Peppe Astore, ce lo descrive il Senatore Findus, a fare il travet della gratta checca, diligente e puntuale, col vassoio pieno di bicchieri ricolmi di ghiaccio grattato a neve e sciroppo. Una grande carriera: da senatore Maciste a senatore gratta checca, come Io hanno già ribattezzato. Gli unici disposti a tenerlo: gli abitanti delle valli tra Carovilli e Castiglione, popoli sorti a ridosso della prima glaciazione. Pensate quando lo incrociano i valligiani, come saluto gli grattano quel blocco di ghiaccio che Maciste chiama testa e che loro, primitivi ed esperti, riconoscono come un cubo surgelato”.

Il 1.4.09 (doc. 51): “Tutti, con la sola eccezione del senatore Maciste, che s’era chiuso nello stanzino delle scope dove ha tenuto un memorabile discorso agli spazzoloni e alle ramazze”.

Il 4.4.09 (doc. 52): “L’unico convinto di parlare e trasmettere, e che pretende di essere chiamato Guglielmo Marconi, è il senatore Maciste. Parla e trasmette, ma dallo stanzino delle scope e alle ramazze”.

Il 7.5.09 (doc. 53): “Noi, invece, abbiamo visto il futuro della regione Molise e si chiama M. F. sfida il candidato del Pdl, M. C., attaccato come un corrimano al condominio che ospita tutto il partito dell’arraffa molisano: con Charlie Brown all’attico e Maciste frangetta in portineria, chiuso nello stanzino delle scope”.

L’11.5.09 (doc. 54): “E infine Giovanni Rana, che per convenzione si fa chiamare Di Bartolomeo. “Big Gino” alla biografia ha preferito una ricetta: gli agno-

lotti cotiche e bacçalà ribattezzati: “agnolotti cotiche e Maciste”. In omaggio al senatore Maciste frangetta, che un giorno gli scippò il seggio a Palazzo Madama e che, quanto ad essere bacçalà, è un merluzzo mondiale”.

Il 29.5.09 (doc. 56): “Maciste del nulla, senatore senza voti e, con lo sdegno dei suoi contemporanei, sempre sulla cresta dell’onda. L’ultima trovata è stata quella di emettere oltre all’editto della pernacchia, anche l’interrogazione della fetecchia, termine napoletano, quest’ultimo, che descrive il tentativo fallace di emettere un rumore che, se ci capite, viene dall’interno ma che poi si affaccia, afflosciato e calante, all’esterno”.

La prima pagina dell’11.6.09 (doc 57): “Faccia attenzione alla prossima apparizione del senatore Maciste del nulla, nato a Carovilli con lo pseudonimo di U. Di G. Quest’uomo, che di recente è stato sottoposto ad una visita politica generale, è stato trovato immacolato di cervello. È emerso, ancora una volta che in effetti è sempre lui e non si tratta di una copia. Il referto medico non ammette dubbi: accanto alla voce “cervello” i sanitari hanno apposto la consueta diagnosi: “sgombro” Un’apparizione brevissima, perché da quando gli è stato regalato, insieme al sonaglietto e al pallottoliera, anche il lampeggiante, Maciste del nulla non fa altro che sfrecciare da Carovilli a Campobasso e da Campobasso a Roma: luce accesa e roteante. A volte, avendo un cervello oltre che sgombro, se ci capite, anche di ferro, il lampeggiante, dotato di forte magnete, se lo applica direttamente in testa...Pensate, l’altro giorno si è recato al Senato in groppa a un cavallo e anche all’incolpevole animale è toccato in testa un faro roteante. Manca ancora la sirena, ma non è un problema. Per quello, a Maciste, basta solo aprire la bocca. Egli non è un senatore, è un allarme politico”.

Il 14.6.09 (doc. 58): “U. Di G., diventato senatore per effetto di una lotteria e coordinatore regionale del Pdl. C. e tardone, biscazzieri e megere, commentatori parassiti e pappamolle”.

La prima pagina del 15.6.09 (doc. 59): “Chi fosse stato in questi giorni a Roma, passando da Villa Pamphili, vi avrebbe scorto tre tendoni il terzo abitato dal senatore Maciste del nulla, esperto in cose beduine. Questi si è presentato con una lunga tunica fermata ai fianchi da una corda, sul capo, con un cappello di taglia 62 a dimostrazione della sua predilezione per le zone spopolate e desertiche. Di fronte, Gheddafi e Mancinone, erano seduti con una foto sul petto: il colonnello con una del periodo d’occupazione coloniale e Mancinone con quella di Biancosarti. Maciste, che in rodomonte, ne aveva due. Una con Toto, suo maestro politico, e l’altra col fido Mazzuto. Si sa, in politica le maschere, i comici e i clown vanno sempre a coppia”.

La prima pagina del 17.6.09 (doc. 60): “Nei casinò stranieri Iorio è uno degli uomini che più ci invidiano, insieme all’ex assessore al ramo, oggi senatore Maciste

del nulla, pure lui largamente richiesto, specie nei luna park, In effetti, lor signori, se ci guardate bene, hanno trasformato la sanità molisana in una via di mezzo tra il gioco d’azzardo e la giostra”.

La prima pagina del 22.6.09 (doc. 61): “La nostra naturale predisposizione verso il paranormale fa sì che il senatore Maciste. cognome “del Nulla”, ci appaia nei posti e nei contesti tra i più impensabili. Ieri pomeriggio, ad esempio, ci è occorso di incontrarlo in un noto centro commerciale rivierasco. Non pareva nemmeno lui, addobbata com’era di capelli che parevano coriandoli, cordicelle abbozzo late sul davanti messe a nascondere una fronte inutilmente spaziosa. Tentava, travestito che sembrava Ginger Rogers a cent’anni, di passare inosservato, timoroso che qualcuno, riconoscendolo, potesse gridargli: “ecco Maciste, c’è Maciste l’assenteista!”. Da quando Maciste, come lo chiamano al fast food (in omaggio alla sua carriera Politica da centometrista) s’è guadagnato il titolo di senatore fannullone, egli non ha più pace. Secondo uno studio di cittadinanza attiva egli non solo è fannullone, ma è anche presenzialista, che in questo caso fa da aggravante. Vuol dire che in Senato Maciste non solo ci sta, ma non si capisce a fare cosa. È come i bambini al baby parking. Passa giornate intere nell’emiciclo ma pensa solo alla banana. Mangia, dorme e pensa al salto in lungo, specialità di cui è primatista mondiale, essendogli riuscito di saltare da Carovilli a Roma senza rincorsa. Egli, oltre che un senatore a molla, è soprattutto uno scaldaseggiola, anzi, vista la sua predilezione per i colori a spirito e i lego, egli è uno scaldasseggiolone a molla”.

La prima pagina del 15.9.09 (doc. 62): “In effetti, se ci pensate, la vita politica idi quest’uomo è tutta basata sul paranormale: assessore prima e senatore poi grazie all’opera dei fantasmi, unici suoi elettori. Al Senato poi grazie all’opera dei fantasmi, unici suoi elettori. Al Senato non gli hanno assegnato un ufficio ma una cappella. È qui che passa le giornate a studiare cadaveri e casse, ossa e cimiteri, tumulazioni, ceneri e cellette cinerarie.”

Per tali articoli, dunque, il danneggiato sig. U. Di G. merita risarcimento del danno per come detto recato alla sua immagine.

Lo stesso sen. C. G. deve esserne ritenuto responsabile a termini del disposto dell’art 2497 c.c. in quanto da altri articoli pubblicati sullo stesso quotidiano a firma del medesimo risulta acclarato il suo diretto coinvolgimento nell’illecita condotta: così nel suo editoriale del 30.6.09 “il senatore Di G. (poverino!) teme per la propria sicurezza personale e della sua famiglia. Davvero patetico se si spaventa persino al minimo refo di vento. Il senatore ha presentato un esposto denuncia contro Nuovo Molise preoccupato da alcune frasi riportate in un articolo pubblicato su queste colonne. Il coraggio di quest’uomo non ha pari e lui non perde occasione per cercare un po’ di pubblicità anche

creando un caso quando le parole che gli abbiamo riservato avevano un significato ben preciso. Sciacallo era, sciacallo resta. Del resto non è una novità ricordargli che è ben poca cosa. Lo dimostra la necessità alla querela per cercare di farsi notare. *Mala tempora currunt*³.

Dello stesso tenore gli editoriali del 27.6.09 (doc 63 fascicolo attore) e del 4.11.08 (doc 65).

Per la quantificazione del danno si può, quindi, ricorrere anche a criteri equitativi quando, come è a dirsi nel nostro caso, sia stato dimostrata la diffusione della notizia nei mass media e, dunque, il conseguimento clamore pubblico.

In difetto di allegazioni di più gravi conseguenze, tenuto conto dell'ambito territoriale di diffusione del quotidiano, del cospicuo numero degli articoli dal contenuto lesivo tali da costituire, all'evidenza, un'autentica campagna denigratoria, stimasi equo liquidare il suddetto danno in € 35.000,00 che, dunque, dovrà essere risarcito al sig. U. Di G., ai sensi degli artt. 2043 e 2047 c.c. nonché dell'art. 11 della l. n. 47/48, dal direttore responsabile della E.C.O. s.r.l. Sig. P.G., dal direttore responsabile del giornale sig G.C., dal giornalista sig. P. Di B., dall'editore di fatto sig. C.G. in solido fra loro. Il solo sig. P. Di B. può e deve esser condannato altresì alla riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 della l. n. 47 del 1948 che, sempre per il medesimo soggetto leso, si stima nell'importo di € 15.000,00.

Segue per legge alla loro soccombenza la condanna di essi convenuti al rimborso delle spese anticipate dalle parti attrici per la lite come si liquidano in dispositivo nel rispetto del d.m.g. n. 55/14.

P.Q.M.

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza*

sommario

1. Premessa: la novità della sentenza in commento. – **2.** Il caso d'ispecie. – **3.** Il merito della vicenda: l'abuso del diritto di satira. – **4.** La responsabilità dell'editore di fatto come imprenditore occulto ovvero come «socio tiranno». – **5.** La responsabilità dell'editore di fatto nella disciplina dell'attività di gruppo. – **5.1.** (*Segue*). I presupposti soggettivi dell'applicabilità dell'art. 2497, comma 1, c.c. – **5.2.** (*Segue*). Il ruolo del secondo comma dell'art. 2497 c.c.

1. Premessa: la novità della sentenza in commento

Nel bel film sul *crac* Parmalat, *Il gioiellino*, un importante esponente politico ricorda al *patron* dell'azienda di Collecchio come, per «rimanere nella Serie A del capitalismo in Italia [ma lo stesso vale in numerosi Paesi, n.d.r.] occorre giocare su tre punte: una squadra di calcio, una banca, e un giornale».

La decisione oggi in commento rappresenta una risposta ad una delle tante applicazioni di quel consiglio, e al permanente conflitto di interessi che vi è

sotteso, che sovente si cerca di mascherare con l'utilizzo di schermi societari fittizi, amministratori di paglia, gruppi societari apparenti. Infatti, essa dichiara la responsabilità di un «editore di fatto» (ossia della persona alla cui sfera di interessi sia riconducibile il quotidiano su cui vengano pubblicati articoli diffamatori), che ha esercitato la propria influenza gestoria occulta per svolgere una campagna denigratoria nei confronti di un avversario politico¹.

L'aspetto che risulta meritevole di approfondimento in questa sede, anche alla luce della ricorrenza con cui i gruppi editoriali sono rispondenti ad interessi imprenditoriali ben più ampi rispetto a quelli del mercato di riferimento, è rappresentato dal principio giuridico sotteso alla decisione, vale a dire l'applicazione estensiva del disposto dell'art. 2497 c.c.

Pervero, le affermazioni contenute nella sentenza *de qua* erano state almeno in parte anticipate nelle motivazioni di un'ordinanza pronunciata dal Giudice Istruttore nel corso del giudizio, con la quale è stata rigettata l'eccezione d'incompetenza territoriale del tribunale adito². In quell'occasione, è stato dichiarato che il «confessato» editore di fatto è responsabile non solo per gli editoriali a sua firma ma anche, in solido con gli altri convenuti, ove si accerti che egli diriga e coordini società operative terze in modo abusivo (*ex art. 2497 c.c. e ss.*) e, comunque, non nell'interesse del dominato e in modo contrario ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria. La legittimazione passiva dell'editore di fatto discende dalla sua posizione di contitolare, «quale editore e amministratore

¹ Nel caso che si presenta al giudice di Cassino, l'editore di fatto – G.C. – era componente del Senato della Repubblica. La Giunta per le immunità ha ritenuto che le espressioni utilizzate negli articoli *de quibus* non ricadevano nell'ambito dell'art. 68, 1° comma, Cost., in quanto non potevano essere ritenute opinioni espresse da un membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni. Inoltre, trattandosi di responsabilità oggettiva, ai sensi dell'articolo 11 della legge 8 febbraio 1947, n. 47 (legge sulla stampa) – che prevede che «per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore» – la Giunta ha ritenuto che non essendo la stessa, per definizione, ascrivibile a colpa e tantomeno a dolo, fondandosi piuttosto sull'assunzione del rischio d'impresa «rende ontologicamente incompatibile tale fattispecie con l'ambito applicativo della prerogativa dell'insindacabilità, che richiede appunto un comportamento attivo (l'espressione di opinioni, la divulgazione delle stesse), non ravvisabile invece nelle ipotesi in questione. Diventa a tal proposito addirittura superfluo verificare il cosiddetto nesso funzionale con l'esercizio dell'attività parlamentare – peraltro non ravvisabile nel caso di specie – in quanto manca il *prius* ontologico (l'espressione di opinione o la divulgazione delle stesse) sul quale si sarebbe poi innestata la valutazione «funzionale» sopracitata» (il rendiconto è reperibile sul sito *Camera.it*).

² Trattasi di Trib. Cassino, 26 novembre 2009, est. Lo Mastro, in *Il Caso.it*, 1942/2009, con nota di CARAVELLA – il quale ha fatto parte, insieme al prof. avv. Francesco Fimmano e all'avv. Maria Picano, del collegio difensivo dell'attore –, *In tema di competenza territoriale, danno all'immagine e dominus abusivo*, in *Il Caso.it*, 184/2009.

di fatto della Editoriale C. srl ed autore di due degli articoli ritenuti offensivi», della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio.

2. Il caso d'ispecie

La decisione in commento deriva da un'azione extracontrattuale per risarcimento dei danni cagionati dalla lesione del diritto alla propria reputazione e all'onore, conseguente alla pubblicazione di una trentina di articoli su di un giornale locale del Molise, che avevano ad oggetto la figura del sen. Di G., primario ospedaliero ed esponente politico piuttosto noto in ambito regionale, già assessore regionale alla sanità, poi Senatore della Repubblica, evidentemente contrapposto all'editore di fatto, G. C., anch'egli come accennato componente della Camera Alta. Inoltre, quest'ultimo è risultato anche autore di due articoli (firmati con le iniziali G.C., che appartenevano sia all'editore che al direttore del giornale, ma che erano riconducibili al primo), rispondendo in proprio e direttamente della relativa responsabilità.

Ricordiamo peraltro che il medesimo editore era stato già condannato in altro giudizio in sede penale, presso il medesimo Tribunale di Cassino, per *stalking* nei confronti di una giornalista, incidentalmente (!) coniuge dello stesso sen. Di Giacomo³.

Il tenore degli articoli – riportati per estratto nella sentenza – è risultato altamente denigratorio e pertanto al di fuori dei limiti dell'esercizio del diritto di libertà di espressione del pensiero, nelle sue forme del diritto di cronaca, di critica e di satira, onde ne è derivato un danno all'immagine oggetto di liquidazione in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.

3. Il merito della vicenda: l'abuso del diritto di satira

La sentenza che si annota rappresenta una «tipica» applicazione dei principi generali in tema di risarcimento del danno per diffamazione a mezzo stampa.

Essa ripercorre i limiti del diritto di cronaca, di critica, e di satira, cui attenersi nel valutare i fatti di causa, per come ormai più volte ribaditi dalla Suprema Corte di Cassazione⁴, e si sofferma, seguendo l'impostazione

³ Peraltro, anche questo precedente è assai degno di nota, in quanto ha costituito il primo caso di «stalking a mezzo stampa», ossia di applicazione della normativa penalistica degli atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p., ad una condotta perpetrata mediante pubblicazioni di articoli giornalistici contro la vittima: trattasi di Trib. Cassino proc. n. 2455/09 ruolo delle notizie di reato, n. 1385/10 ruolo g.u.p. e, per la recidiva, il procedimento è tuttora in corso, v. proc. n. 1962/13 ruolo g.i.p..

⁴ Si richiamano, da ultimo, Cass. 3 ottobre 2013, n. 22600, in *Diritto & Giustizia* 2013, 4 ottobre, nota di VITERBO, *Denunciare che un soggetto è stato raccomandato non integra reato, se il fatto corrisponde al vero*; Cass. 5 febbraio 2013, n. 2661, in *Guida al diritto* 2013, 16, p. 52 ss.; Cass. 7 ottobre 2011, n. 20608, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 10, p. 1418 ss.). Tali principi consistono: a) nell'interesse pubblico al racconto (la c.d. pertinenza), ravvisabile quando non si tratti di interesse della generalità dei cittadini, ma di quello generale della categoria di soggetti ai quali, in particolare, si in-

proposta dagli scritti difensivi⁵, sul superamento dei limiti posti, in particolare, all'esercizio del diritto di satira. Quest'ultimo, che discende dal diritto esprimere liberamente il proprio pensiero, si può manifestare anche al di fuori del canone della verità⁶. Tuttavia, il relativo esercizio deve rispettare, *in primis*, i valori fondamentali della persona⁷; quindi, la continenza verbale e la funzionalità delle espressioni adottate rispetto allo scopo di denuncia sociale che l'autore della satira intende perseguire⁸, senza poter diventare «diritto al

dirizza la pubblicazione di stampa; b) nella correttezza formale e sostanziale dell'esposizione dei fatti (la c.d. continenza), nel senso che l'informazione di stampa non deve trasmodare in *argomenta ad nomine* né assumere contenuto lesivo dell'immagine e del decoro (che comporta moderazione, misura, proporzione nelle modalità espressive, le quali non devono trascendere in attacchi personali diretti a colpire baltrui dignità morale e professionale, con riferimento non solo al contenuto dell'articolo, ma all'intero contesto espressivo in cui l'articolo è inserito, compresi titoli, sottotitoli, presentazione grafica, fotografie, trattandosi di elementi tutti che rendono esplicito, nell'immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un articolo, e quindi idonei, di per sé, a fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi); c) nella corrispondenza tra la narrazione dei fatti realmente accaduti, nel senso che deve essere assicurata l'oggettiva verità del racconto, la quale tollera, perciò, alcune inesattezze, considerate irrilevanti se riferite a particolari di scarso rilievo e privi di valore informativo.

⁵ Resi disponibili alla consultazione dello scrivente grazie alla cortesia dei legali dell'attore.

⁶ Rispetto al diritto di cronaca, il diritto di critica consente l'uso di un linguaggio più pungente ed incisivo, purché vi sia proporzione tra l'importanza del fatto e la necessità della sua esposizione anche in chiave critica rispetto ai contenuti espressivi con i quali la critica è esercitata, non potendo questa pertanto trascendere in attacchi e aggressioni personali diretti a colpire, sul piano individuale, la figura morale del soggetto criticato (v. Cass., 6 agosto 2007, n. 17180, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 7-8; Cass. 20 ottobre 2006, n. 22527, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 10). Infine, nella scala delle situazioni in cui si può utilizzare un linguaggio maggiormente aggressivo, vi è il diritto di satira, anch'esso espressione del diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione, il quale deve comunque scontare il limite, se non del parametro della verità (in quanto essa si esprime mediante il paradosso e la metafora surreale), comunque di quello della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguita. Conseguentemente, pur potendo essere utilizzate espressioni anche lesive della reputazione altrui, è necessario che esse siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato. Non può, invece, essere riconosciuta la scriminante di cui all'art. 51 c.p. nei casi di attribuzione di condotte illecite o moralmente disonorevoli, di accostamenti volgari o ripugnanti, di deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo della persona e ludibrio della sua immagine pubblica (Cass. 28 novembre 2008, n. 28411, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 11, p. 1702 ss.).

⁷ E cfr. G. BENEDETTI, *Il diritto di satira fra libertà di espressione e tutela dei valori della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 337 ss.

⁸ E cfr. Cass. 7 novembre 2000, n. 14485, in *Danno e resp.*, 2001, I, p. 29 ss., con nota di CARBONE, *Si può mettere la mordacchia alla satira?*

libero insulto»⁹; ancora, le aggressioni utilizzate non possono essere gratuite¹⁰; infine, deve necessariamente mantenersi la proporzionalità e la coerenza causale tra la qualità della dimensione pubblica del personaggio preso di mira ed il contenuto artistico espressivo della satira medesima¹¹.

Al contrario, nel caso d'ispecie, si è trattato di una campagna denigratoria che travalicava i confini del diritto di satira, con l'aggravante – ai fini della quantificazione del danno – dalla vasta diffusione del quotidiano su scala regionale¹².

4. La responsabilità dell'editore di fatto come imprenditore occulto ovvero come «socio tiranno»

L'odierna sentenza dichiara la responsabilità risarcitoria dell'editore di fatto in base al sistema delineato dagli artt. 2497 ss. c.c. che, come noto, è stato introdotto dalla riforma societaria del 2003 per codificare un'ipotesi autonoma di responsabilità conseguente all'esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento di società¹³.

⁹ V. Trib. Roma 26 giugno 1993, in *Dir. informazione e informatica*, 1993, p. 985 ss. e in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 341 ss. Così anche Trib. Trento 15 gennaio 1999, in *Dir. informazione e informatica*, 1999, 400: «Il diritto di satira, benché destinato a prevalere sul confliggente diritto all'onore e alla riservatezza del soggetto preso di mira non può trasformarsi in diritto del libero insulto, travalicando il limite della correttezza del linguaggio e calpestando quel minimo di dignità che la persona umana reclama».

¹⁰ E cfr. Trib. Roma 5 aprile 1994, in *Dir. informazione e informatica*, 1994, p. 1034 ss.

¹¹ Così Trib. Roma 26 febbraio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 1958; Trib. Milano 7 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 409 ss., Trib. Milano 26 maggio 1994, in *Dir. informazione e informatica*, 1995, p. 615 ss., con nota di LODATO, *Diritto di sorridere e finalità informativa della vignetta satirica*.

¹² E cfr. in tal senso Cass. 19 settembre 1995, n. 9892, in *Danno e resp.*, 1996, p. 94 ss.

¹³ Si è discusso se trattasi di responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale: nel primo senso, oltre alla Relazione alla Riforma (tale responsabilità, «direttamente della controllante verso i danneggiati», è «essenzialmente di stampo aquiliano»), v. GALGANO in Galgano-Sbisà, *Direzione e coordinamento di società: art. 2497-2497-septies*, in *Commentario al c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, II ed., 2014, p. 93 ss.; MAGGIOLO, *L'azione di danni contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 191 ss.; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 605 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa e Portale, 3, Milano, 2007, p. 10 ss. (che richiama lo schema dell'induzione all'inadempimento); nel secondo senso, invece, qualificano come contrattuale la relativa responsabilità M. RESCIGNO, *Etero gestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 331 ss. (sulla base di dovere fiduciario del socio che partecipi, a qualsiasi titolo, alla gestione); GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 33 ss.; EAD., *La responsabilità da direzione e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Milano, 2007, p. 87 ss.; BARDINI CONFALONIERI - VENTURA, *Sub. art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario* a cura di Cottino-Bonfante-Cagnasso,-Monta-

In mancanza di questo microsistema normativo, la tematica *de qua* sarebbe rientrata nella teoria – e nei relativi corollari – del c.d. imprenditore occulto, debitrice, come noto, degli studi di Walter Bigiavi¹⁴.

L'illustre Autore sosteneva – sulla base di un'interpretazione analogica degli artt. 147 l. fall., 2267 e 2269 c.c. – che la qualità di imprenditore non derivasse necessariamente dalla spendita del nome, ma potesse anche essere riconducibile al criterio della titolarità dell'interesse e dell'esercizio concreto del potere.

Da questo ragionamento, si perveniva alla responsabilità per le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa, non solo del socio occulto di società occulta e dell'imprenditore occulto, ma anche del socio «tiranno», ossia colui che – indipendentemente dalla sua posizione di socio¹⁵ – compie un uso distorto dello schermo societario con l'unico scopo di fruire indebitamente del beneficio della responsabilità limitata, e di fatto utilizza la società come proprio prestanome¹⁶.

lenti, Bologna, 2004, p. 2150 ss.; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 770 ss.; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, fasc. 5, p. 538 ss.

¹⁴ Il richiamo è ovviamente a BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, tesi ulteriormente argomentate in Id., *Difesa dell'«Imprenditore occulto»*, Padova, 1962; cfr. anche Id., *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1180 ss.; Id., *Società controllata e società adoperata «come cosa propria»*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 623 ss.; Id., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, *ivi*, 1954, I, 2, c. 691 ss.; Id., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento «in estensione»*, *ivi*, 1959, I, 2, c. 149 ss.; Id., «Imprese di finanziamento» come surrogati del socio tiranno-imprenditore occulto, *ivi*, 1967, IV, c. 49 ss. Sulla teoria del Bigiavi, v. PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 623 ss.

¹⁵ Che la responsabilità del c.d. socio tiranno si possa riportare ad un titolo diverso, v. BIGIAVI, *Responsabilità illimitata del «socio tiranno»*, cit.; e cfr. RORDORF, *Socio unico di società di capitali*, in *Società*, 1994, p. 593 ss.: «l'essere socio (quantunque preminente rispetto agli altri soci) non significa affatto essere il gestore, il capo dell'impresa o comunque colui al quale l'attività imprenditoriale è giuridicamente imputabile». Si è d'altro canto rilevato come nella ordinaria disciplina societaria, la tutela dei creditori dell'impresa, alla quale è intesa la dottrina dell'imprenditore occulto, così come quella del superamento dello schermo della personalità giuridica, «non va affidata al ripristino della regola della illimitata responsabilità patrimoniale dei soci, secondo la generale regola di diritto comune, utilizzando l'art. 2740 c.c.»; tale tutela è infatti affidata «alle regole di responsabilità personale degli amministratori (e dei sindaci) per la violazione delle norme relative alla gestione della società e dell'impresa e, in ispecie, di quelle relative alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, all'informazione e alla pubblicità, al conflitto di interessi»: SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di Colombo e Portale, Torino, 1997, 2, p. 691 s.

¹⁶ GALGANO, *La società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1983, I, p. 12 ss.: «alla «tirannia» questa dottrina dà rilievo come alla manifestazione all'interno della società di una posizione extrasociale del socio, la quale integra gli estremi della figura dell'imprenditore occulto. Questi può valersi, quale prestanome, di una persona fisica e può valersi, altresì, di una persona giuridica. La circostanza che, in questa seconda ipotesi,

Lo «squarcio» della personalità giuridica ha tuttavia avuto scarso successo nella pratica; e la stessa giurisprudenza ha negato validità proprio a quell'ulteriore corollario della teoria bigiaviana, che più interesserebbe il caso oggi in esame, ossia la responsabilità del socio tiranno¹⁷, anche se non mancano alcune significative aperture sul piano dell'abuso della personalità giuridica¹⁸, senza con ciò voler identificare le due fattispecie,

l'imprenditore occulto sia, al tempo stesso, membro della persona giuridica (ma può essere anche un terzo estraneo alla società) non può avere efficacia discriminante: la sua contemporanea qualità di socio renderà anzi più agevole la scoperta di quella posizione extrasociale che, sola, costituisce titolo per il suo assoggettamento a responsabilità illimitata».

Si è opposto, invece, alla teoria del socio tiranno, ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 405 ss.

¹⁷ BONFANTE – COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, I, Padova, 2001, p. 578 s. Cfr. Cass. 10 agosto 1990, n. 8154, in *Fallimento* 1991, p. 239 ss., *Giur. it.* 1991, I, 1, c. 591 ss., *Dir. fall.* 1991, II, p. 304 ss.: «Al di fuori del caso tassativamente previsto dall'art. 2362 c.c. (responsabilità illimitata dell'unico azionista), la violazione delle regole del diritto societario che si traduce in danno per la società, o per i creditori, o per i soci o per i terzi, ha come sanzione la responsabilità civile degli amministratori ed eventualmente anche dei sindaci, ma non comporta la possibilità che la titolarità della relativa impresa dalla società possa attribuirsi o prorogarsi ai soci che dietro lo schermo della società svolgano come propria e personale, l'attività formalmente imputabile alla prima». E cfr. Cass. 9 dicembre 1982, n. 6712, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 201 ss. (e, in questo senso, anche Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Giust. civ., Mass.*, 1976, p. 1896, e Cass. 11 giugno 1957, in *Foro it.*, 1957, I, c. 228 ss.): «in quanto norma eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica, l'art. 2362 c.c. non si applica quando uno dei soci si trovi in posizione dominante riguardo alla volontà gestionale e agli effetti patrimoniali della gestione stessa, nemmeno se il pacchetto azionario di una seconda o di altre società risultanti fra i soci sia posseduto totalitariamente dal socio dominante». Per App. Palermo 5 novembre 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 615 «non risponde illimitatamente chi possiede una società per azioni per il 99,16% direttamente e per il residuo 0,84% attraverso altra società per azioni, posseduta al 100%». Per Cass. 16 ottobre 1959, n. 2886, in *Riv. not.*, 1960, 323, «la situazione del socio sovrano, che avendo la maggioranza delle azioni o delle quote sociali, ha la possibilità di esprimere una volontà determinante per l'attività sociale e, quindi, può dominare la società, rientra nel normale funzionamento della società stessa informato al principio della maggioranza e non può giustificare il sorgere nel socio di una responsabilità diversa e più grave di quella prevista dal tipo di società».

¹⁸ In questa prospettiva Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, 7, p. 846 ss., con nota di CIVERRA, *Può essere superato lo schermo della personalità giuridica?*, pur sempre escludendo, però, che fosse la posizione del socio in quanto tale a comportare una responsabilità diretta: «Il dato che in una società per azioni un socio sia titolare della maggioranza del capitale della società cui esso partecipa, non giustifica la conclusione che egli sia titolare dell'intera società. Il c.d. "socio sovrano", cui è inapplicabile l'art. 2362 c.c. a meno che non si dimostri la natura fittizia o fraudolenta delle partecipazioni di minoranza (cfr. Cass., 29 novembre 1983, n. 7152), quando si serva della struttura sociale come schermo (così trasformandosi in "socio tiranno") al fine di gestire i propri affari con responsabilità patrimoniale limitata, può incorrere nel fenomeno definito dell'abuso di personalità

poiché mentre in caso di «abuso» la società è ridotta a mero simulacro formale¹⁹, nel caso di socio tiranno «non [si] elimina l'ente sociale con il suo patrimonio e la sua responsabilità, ma [si] affianca a questo patrimonio e a questa responsabilità il patrimonio e la responsabilità del socio sovrano»²⁰.

La via percorsa è comunque stata quella di qualificare il c.d. socio tiranno alla stregua di amministratore di fatto, in dipendenza della gestione abusiva da lui operata, sottoponendolo alla responsabilità propria degli amministratori²¹.

Inoltre, il superamento del *corporate veil* non si rendeva necessario ogniquale volta i comportamenti abusivi si fossero rivelati suscettibili di altra forma di riparazione, come quanto, nel caso dei gruppi di società, si sarebbe potuto far ricorso alla responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c. a carico della società

giuridica, ravvisabile allorché alla forma societaria corrisponda una gestione in tutto e per tutto individuale. Si è sostenuto che il singolo debba rispondere in tal caso illimitatamente anche con il proprio patrimonio e sono altresì ipotizzabili forme di responsabilità civile e penale, avuto riguardo al ruolo svolto dal socio di maggioranza. Ma la società di capitali resta con tutti i suoi connotati, anche e soprattutto a tutela delle partecipazioni di minoranza non fittizie o fraudolente». Ma vedi già, sul tema dell'abuso (e del c.d. squarcio) della personalità giuridica, Cass. 8 novembre 1984, n. 5642, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 434 ss.

Significative nella giurisprudenza di merito appaiono App. Roma, 28 ottobre 1986, in *Giur. It.*, 1997, I, 2, c. 460 ss., e in *Riv. notariato* 1988, p. 432 ss., secondo la quale nel c.d. socio tiranno deve «ravvisarsi la figura dell'imprenditore in proprio, per avere esercitato, con le necessarie caratteristiche di abitualità e professionalità, un'attività imprenditoriale sia attraverso numerose società che a lato delle medesime in modo tale da ridurre le stesse a meri schermi di copertura della sua personale attività imprenditoriale» (ancora: «ove della personalità giuridica si sia abusato, come nel caso in cui i fondatori trattino i beni della persona giuridica come beni propri, il giudice può superare lo schermo della personalità giuridica e imputare ai fondatori i rapporti giuridici facenti capo all'ente»); e Trib. Messina, 15 febbraio 1996, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 1799 ss.: «va dichiarato il fallimento della società di fatto e dei soci illimitatamente responsabili che abbiano operato dietro lo schermo di quattro società di capitali, mediante il dominio delle azioni, eludendo i limiti propri della autonomia patrimoniale e personale delle società medesime, con abuso di maggioranze, usurpazione di poteri gestori e di controllo, dando vita ad un unico centro di imputazione giuridica dell'attività imprenditoriale svolta e ad una conseguente confusione dei patrimoni di ciascun ente».

¹⁹ Sulla scorta di orientamenti inizialmente proposti da ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1995, 169, e poi sviluppati soprattutto da GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, II ed., 2006, p. 42 ss. (del quale v. da ultimo anche *Diritto civile e commerciale*³, I, Padova, 1999, p. 183 ss. dove ulteriori e ampi riferimenti, e p. 48 nota 18). Cfr. anche D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989 (e già in *Studi per Ascarelli*, Milano, 1969).

²⁰ Così BIGIAVI, *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento «in estensione»*, cit., p. 157.

²¹ Vedi Ag. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Liber amicorum*, cit., I, p. 43 ss., spec. p. 49.

controllante nei confronti dei creditori della società controllata, senza mettere in discussione l'alterità soggettiva delle due società²².

La teoria dell'imprenditore occulto e del «socio tiranno» lasciavano dunque aperto un ampio ventaglio di ipotesi in cui non si sarebbe potuto fornire adeguata tutela alle posizioni giuridiche in ipotesi lese²³, tanto che si denunciava la mancanza di una soluzione legislativa per la regolamentazione dei gruppi d'impresa²⁴. Vuoto normativo che è stato colmato dalla disciplina della direzione e coordinamento di società, regolata dal nuovo capo IX, artt. 2497-2497-*septies* c.c.

5. La responsabilità dell'editore di fatto nella disciplina dell'attività di gruppo

Alla luce del nuovo impianto normativo, recato dalle previsioni contenute negli artt. 2497 ss. c.c. (ed emergente anche nell'eliminazione della responsabilità illimitata dell'unico socio, oltretutto nel nuovo art. 147 l. fall.), la possibilità di estendere la responsabilità oltre lo schermo societario è concessa soltanto per quei tipi societari in cui è connaturata la responsabilità illimitata dei soci; nei restanti casi, la reazione dell'ordinamento all'abuso della personalità (in senso ampio) segue il regime di responsabilità risarcitoria derivante dall'attività di abusivo dominio dell'impresa²⁵.

Per ricercare come la nuova disciplina dei gruppi possa applicarsi alla condotta presa in esame, occorre in primo luogo interrogarsi se ricorrano i presupposti soggettivi per l'applicabilità della disciplina, ovvero – in mancanza di essi – se sia possibile estendere il ristretto *dictum* normativo a disciplinare figure affini.

Orbene, la disciplina dei gruppi suppone, evidentemente, una pluralità di enti societari²⁶. Il legislatore

non fornisce una definizione di «gruppo», giustificando tale scelta, nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, sulla base dell'osservazione per cui le innumerevoli definizioni elaborate sino ad allora fossero in realtà funzionali a risolvere problemi specifici e quindi inadatte a contemplare il fenomeno nel suo complesso, e qualunque nuova nozione si sarebbe comunque dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica.

Si è allora demandata la riconoscibilità di un gruppo agli artt. 2497-*sexies* e *septies* c.c., che pongono, il primo, una presunzione relativa di sussistenza di un rapporto di controllo e coordinamento nei casi in cui esista una società che sia tenuta al consolidamento dei bilanci o che comunque controlli altra società ai sensi dell'art. 2359 c.c.²⁷; il secondo, una disposizione aggiuntiva secondo la quale la normativa trova applicazione anche nei confronti di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento «sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti»²⁸.

5.1. (Segue). I presupposti soggettivi dell'applicabilità dell'art. 2497, comma 1°, c.c.

Astrattamente, potrebbero rientrare nel requisito soggettivo della fattispecie anche le persone fisiche: a

²² GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 186.

²³ E vedi BONFANTE – COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 579, ove si ricordano casi di manifestazioni collegate di imprese dipendenti e controllate, in posizione complementare ovvero totalmente subalterna, nei quali vi sarebbe ampio spazio per «operazioni spericolate, più o meno coperte ed occulte, e pur tuttavia legittime e legittimate dalle regole di funzionamento e dalle linee di evoluzione del sistema capitalistico», senza che la teoria dell'imprenditore occulto potesse servire granché.

²⁴ BONFANTE – COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 579.

²⁵ Ag. GAMBINO, *op. cit.*, p. 51 ss.; FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fallimento*, 2007, 4, p. 407 ss.

²⁶ La legge delega ben evidenzia gli scopi della riforma: «La riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contempli adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime; b) prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano motivate; c) prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo; d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto» (art. 10 L. 3-10-2001 n. 366).

²⁷ Si è parlato in proposito di una «presunzione nella presunzione», rilevando come il richiamo dell'art. 2359 c.c., almeno nella parte in cui sembra riferirsi al c.d. controllo interno, dia luogo a sua volta ad una presunzione (così NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 575 ss. – e v. anche ID., *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli art. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, fasc. 4, p. 983 ss. – in opposizione alla ricostruzione di GUZZI, *Partecipazioni "qualificate" e gruppi di società*, in *Aa.Vv.*, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, V ed., Milano, 2012, p. 355 ss., secondo il quale il predetto richiamo sarebbe da riferire esclusivamente all'ipotesi di cui all'art. 2359, 1° comma, n. 1, c.c., corrispondente al controllo interno di diritto). Sulla non coincidenza dell'area del consolidamento con quella del controllo ex art. 2359 c.c., poiché nella prima possono essere fatte rientrare solo quelle controllate che svolgono un'attività omogenea rispetto a quella che viene prevalentemente svolta nel gruppo, v. SBISÀ, *Società ed imprese collegate nel d.l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 906 ss., e NIUTTA, *Sulla presunzione*, cit.)

²⁸ Le norme sono state divise in due articoli nella seduta plenaria conclusiva dei lavori della Commissione Vietti, affinché apparisse chiaro che il comma in cui era originariamente inserita la previsione poi spostata sotto il nuovo articolo 2497-*septies*, si riferisce al gruppo orizzontale o paritetico e non come relativo al contratto di dominazione, di derivazione tedesca: vedasi, sullo svolgimento dei lavori della Commissione, GALGANO, *Appendice*, in Galgano-Sbisà, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 378. Sulla illegittimità del contratto di dominazione v. anche R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 808 ss., il quale richiama a supporto di tale conclusione anche i limiti della tutela apprestata dal legislatore italiano al socio esterno e l'assenza di una disciplina che consenta agli amministratori di opporre il contratto di dominazione ai terzi.

revocare in dubbio questa opzione, intervengono però le formulazioni di alcune norme, segnatamente l'art. 2497, comma 1°, dove si fa riferimento solo a società ed enti, ma anche gli artt. 2497-bis, sulla pubblicità²⁹, e 2497-ter, in merito all'obbligo di motivazione delle decisioni, formalità che non possono riguardare le persone fisiche³⁰.

Dottrina e giurisprudenza si sono quindi interrogate circa la riconoscibilità della responsabilità in capo alla persona fisica capogruppo, seguendo un'interpretazione estensiva ovvero analogica³¹ della previsione di cui all'art. 2497, comma 1°, c.c.

Come noto, la formulazione iniziale di tale norma si riferiva genericamente a «chi» esercita attività di direzione e coordinamento. Nella seduta plenaria dei lavori della Commissione Vietti si è optato per mutare il soggetto in «la società o gli enti», sebbene il pronome «chi» sia rimasto nel secondo comma dell'art. 2497, oltre che nella lett. b dell'art. 2497-*quater*, e nell'art. 2497-*quinquies*³².

Il legislatore ha poi ribadito la sua scelta con la legge di interpretazione autentica recata dall'art. 19, comma 6, d.lgs. 1° luglio 2009, n. 78, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102, secondo cui «l'art. 2497, 1° comma, del codice civile si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato». Non è mancato chi, pur a seguito di questa specifica disposizione, ha ritenuto non doversi attri-

buire soverchia valenza, in quanto si tratterebbe di un intervento mirato unicamente ad escludere l'applicabilità della normativa *de qua* allo Stato³³.

L'interpretazione estensiva dell'art. 2497, comma 1°, c.c., affonda le proprie radici in quella giurisprudenza che, a partire dal «caso Caltagirone»³⁴, configurava la c.d. *holding* personale. Figura, questa, da non confondere da quella del «socio tiranno», in cui difetta la spendita del nome, nonché il profilo dell'autonomia economicità³⁵, anche se si è pervenuti, in una decisione della giurisprudenza di merito, ad ipotizzare la «*holding* tiranna»³⁶. La qualifica di *holding* personale – apparsa come la trasposizione nei gruppi di società della teoria dell'impresa fiancheggiatrice³⁷ – era funzionale all'acquisto della qualità di imprenditore e quindi all'assoggettabilità a fallimento³⁸. Quest'impostazione giovava

³³ Così Trib. Venezia 12 ottobre 2012, n. 164, in www.diritto-bancario.it, con nota di CECCHETTO, *Sul fallimento della holding individuale e sulla responsabilità della stessa ai sensi dell'art. 2497, co. 1°, c.c. (nota critica alla sentenza del Tribunale di Venezia 164/2012)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 4/2013. Secondo questa decisione, la circostanza, avanzata dalla difesa, secondo cui l'interpretazione dell'espressione «enti», data con l'art. 19 del d.l. 1° luglio 2012, n. 78, come «soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato che detengono le partecipazioni sociali nell'ambito della propria attività imprenditoriale, ovvero per finalità di natura economica o finanziaria», non si riferirebbe all'interpretazione complessiva dell'art. 2497 c.c. «ma alla sola espressione «enti» (con il chiaro scopo di escludere dalla categoria lo Stato)».

³⁴ Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, leggibile tra gli altri in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366 ss., con nota di RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della personalità giuridica*, e in *Contratto e impresa*, 1990, p. 401 ss., con nota di GALGANO, *L'oggetto della holding* è, dunque, l'esercizio mediato ed indiretto dell'impresa di gruppo. Con tale decisione, la Suprema Corte ha affermato per la prima volta che «l'attività di direzione e coordinamento di un gruppo di imprese cui sia funzionalizzato l'esercizio dei poteri derivanti dal possesso di uno o più pacchetti azionari, sia essa svolta da una società di capitali, da una persona fisica o da una società di fatto, determina l'acquisto della qualità di imprenditore in capo a chi la eserciti qualora, oltre ad essere qualificata dai requisiti usualmente intesi dell'«organizzazione» e della «professionalità», la stessa sia posta in essere in nome dell'esercente e risulti astrattamente idonea a far conseguire al gruppo vantaggi economici ulteriori rispetto a quelli acquisibili in mancanza dell'opera di coordinamento».

³⁵ E cfr., da ultimo, GIOVANNINI, *op. ult. cit.*, p. 207 s.

³⁶ Trib. Messina, 15 febbraio 1996, cit.

³⁷ E cfr. SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 430; GIOVANNINI, *op. ult. cit.*, p. 210 s.

³⁸ Cfr. Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Fallimento*, 2003, 6, p. 609 ss. nota di TRENTINI, *Assoggettabilità a fallimento della holding*, e in *Società*, 2003, p. 27 ss., che ha ritenuto assoggettabile a fallimento la persona fisica a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie e che, al ricorrere dei presupposti dell'esistenza di una stabile organizzazione e di un'attività di indirizzo, svolga professionalmente il controllo e coordinamento delle società medesime (non limitata al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio, ma «esplicandosi in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, quindi fonte di responsabilità diretta del loro autore, e presentanti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo o le

²⁹ Appare estremamente significativo che l'art. 2497-bis, comma 2, c.c., prevedeva l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese «dei soggetti, persone fisiche, enti o società, che esercitano attività di direzione e coordinamento», mentre nella versione definitiva il richiamo sia stato espunto.

³⁰ Utilizza in particolare questo argomento per negare l'interpretazione analogica dell'art. 2497, comma 1°, c.c., GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 41 ss.

³¹ Ci si è domandati «come sia ancora possibile giustificare la distinzione [tra interpretazione analogica ed estensiva], che è diventata uno dei dogmi più fermi e irrevocabili della teoria generale dei giuristi, tra interpretazione estensiva e analogia: una differenza tra interpretazione estensiva e analogia, per quanti tentativi si facciano per riconoscerla, non esiste»: «da una parte l'interpretazione della norma, se non vuol farsi strumento di una concezione statica del diritto, di quell'assurda concezione per cui le norme di un ordinamento sono la cristallizzazione di una volontà espressa una volta per sempre, non deve essere riproduzione meccanica, ma svolgimento continuo della norma. D'altra parte l'analogia, se non vuol diventare strumento di quel romanticismo, che propugna la libertà del giurista e del giudice ad ogni costo, anche a costo del buon senso, non può considerarsi come creazione, ma, secondo la sua intima struttura logica, come esplicitazione di un pensiero implicito. Analogia è dunque interpretazione nel senso più genuino della parola, perché riproduce, non ripetendolo ma svolgendolo, il nucleo stesso della norma, configurato nella sua ragion sufficiente; e non va oltre il sistema ma vi rimane dentro, contribuendo a raffigurare il sistema giuridico come un organismo che cresce e si sviluppa, ma sempre per forza interiore, e non esce mai, perché non lo può, fuori di se stesso» (BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 134 ss.).

³² Vedi sempre GALGANO, *Appendice, loc. cit.*

però ai soli creditori «forti», che avendo il più delle volte anche un rapporto diretto con la *holding* possono avvalersi della garanzia patrimoniale della stessa³⁹.

sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima»); Cass., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 516; Cass. Sez. Un., 29 novembre 2006, n. 25275, in *Giust. civ. Mass.*, 2006; Cass., 18 novembre 2010, n. 23344, in *Fallimento*, 2011, 5, p. 565 ss., con nota di SIGNORELLI, *Fallimento di società di fatto holding*: «è configurabile una holding di tipo personale (che nella specie ha assunto la veste di società di fatto), costituente impresa commerciale suscettibile di fallimento in quanto fonte di responsabilità diretta dell'imprenditore, quando questa agisca in nome proprio per il perseguimento di un risultato economico ottenuto attraverso l'attività svolta, professionalmente, con l'organizzazione e il coordinamento dei fattori produttivi relativi al proprio gruppo d'impres». Tale impostazione è stata seguita pressoché unanimemente dalla giurisprudenza successiva: v. Trib. Siena, 27 maggio 1991, in *Foro padano*, 1996, I, p. 160 ss. (con nota di D. DI GRAVIO); App. Bologna, 23 maggio 2007, n. 644, in *Guida al diritto*, 2007, 46, p. 80 ss.; Trib. Modena, 25 giugno 1998, in *Giust. comm.*, 1999, II, p. 322 ss.; Trib. Brindisi, 23 marzo 2010, n. 11, in *Il Caso.it*; Trib. Vicenza Sez. I, 23 novembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 4, p. 415 ss., con nota di FIMMANÒ: «È configurabile una "holding" di tipo personale, costituente impresa commerciale suscettibile di fallimento, per essere fonte di responsabilità diretta dell'imprenditore, quando si sia in presenza di una persona fisica che agisca in nome proprio, per il perseguimento di un risultato economico, ottenuto attraverso l'attività svolta, professionalmente, con l'organizzazione e il coordinamento dei fattori produttivi, relativi al proprio gruppo di imprese».

Sull'evoluzione dei criteri adottati dalla Cassazione, v. Trib. Napoli Sez. VII, 8 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 4, p. 407 ss., con nota di FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, cit. (e Trib. Santa Maria Capua Vetere Sez. fall., 8 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 1, p. 89 ss. nota di FIMMANÒ); App. Ancona, 5 marzo 2010, in *Giur. Comm.*, 2011, 3, II, p. 643 ss., con nota di PRESTIPINO, *Brevi osservazioni sulla fallibilità della holding individuale*, e Trib. Padova, 2 novembre 2001, *Fallimento*, 2002, 11, p. 1218 ss., con nota di IANNELLO, *Qualificazione della holding e assoggettabilità a fallimento*, disconoscono la necessità di una spendita formale del nome quale elemento decisivo per ravvisare la responsabilità patrimoniale della persona fisica capogruppo, se questi è comunque individuabile nella sua rappresentazione verso l'esterno. Per taluni, l'asserzione secondo cui «l'attività di direzione "tirannica" professionalmente organizzata, in spregio ai principi di corretta gestione imprenditoriale, delle società strumentali eterodirette configura di per sé attività di impresa ed una conseguente responsabilità, per tutte le obbligazioni delle società dominate e nei confronti di tutti i relativi creditori», comporterebbe che l'abuso dell'attività direttiva sia fonte non solo di responsabilità risarcitoria ma anche di responsabilità patrimoniale per le obbligazioni contratte in nome delle società dirette e coordinate, e ciò in spregio del disposto di cui all'art. 2497 c.c., che porrebbe unicamente una responsabilità di tipo risarcitorio (PRESTIPINO, *op. ult. cit.*, § 4.2). Di converso, si è affermato che l'attività di direzione e coordinamento, se abusiva, diventa fonte di responsabilità (non solo risarcitoria, ma) anche patrimoniale per le obbligazioni contratte in nome delle società dirette e coordinate: «l'attività di direzione «tirannica» ed unica, professionalmente organizzata, ma in spregio ai principi di corretta gestione imprenditoriale, delle società strumentali eterodirette configura evidentemente una attività d'impresa ed una conseguente responsabilità, seppure sussidiaria, per tutte le obbligazioni delle società dominate e nei confronti di tutti i relativi creditori» (FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, cit., p. 421).

³⁹ Ciò ovviamente non agevolava la responsabilità risarcitoria per

Inoltre, stando al nuovo microsistema, non basta la riconoscibilità come *holding* per applicare l'art. 2497, comma 1°, c.c., occorrendo anche la violazione delle regole imprenditoriali; come, d'altronde, non è necessario che vi sia una posizione di «controllo» perché si abbia la fattispecie «gruppo», che consiste nell'esercizio di una situazione di fatto⁴⁰.

Un ulteriore argomento addotto a favore dell'applicazione della responsabilità di cui al primo comma dell'art. 2497 c.c. alle persone fisiche *holding* deriva da altri indicatori normativi, che portano ad identificare fenomeni di gruppo differenti rispetto a quelli menzionati dal codice civile, individuabili in base agli estremi del controllo azionario e contrattuale⁴¹: un

danni arrecati dall'attività della controllata nei confronti dei soci e dei creditori unicamente di quest'ultima: cfr. INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 679 ss.: «il dogma della persona giuridica sembra in questo caso prendersi un'amara rivincita: aggirato con l'espedito della società di fatto a latere [...] reagisce con il mantenere una distinzione tra crediti della società di capitali e crediti della società di fatto, impedendo, nella sostanza, che i creditori della prima possano trovare soddisfazione nel fallimento della società di fatto». Anzi, il fallimento della capogruppo rischierebbe di peggiorare la situazione degli altri creditori delle società controllate, quando ad esempio la *holding* abbia prestato garanzie reali e fallisca su istanza dei propri creditori che chiedono di far revocare la garanzia, che sottrae loro un bene sul quale soddisfarsi: i creditori delle dominate perdono in questo caso la possibilità di soddisfarsi sul bene del terzo e tornano a concorrere con i chirografari delle dominate, i quali si vedono in tal modo ridurre il margine di soddisfazione di cui avrebbero beneficiato, in caso di insolvenza della loro debitrice, se l'altro creditore non fosse stato revocato ma avesse potuto ottenere il pagamento altrove (così MENTI, *Torna l'imprenditore occulto?*, in *Fallimento*, 2011, fasc. 10, p. 1229 ss., nt. 8). Si rimanda per ulteriori notazioni a GIOVANNINI, *op. ult. cit.*, p. 212 s.

⁴⁰ Rinviando a più approfondite sedi il tema del rapporto tra la nozione di controllo e quella di gruppo, per poco che si rifletta è la stessa presunzione dell'art. 2497-sexies a dimostrare che l'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. non si identifica con il controllo, altrimenti la previsione della possibilità di prova contraria apparirebbe irragionevole e contraddittoria: così PRESTIPINO, *op. cit.*, nota 12; e cfr. anche, oltre alla stessa Relazione al decreto legislativo, § 13, in *Giur. comm.*, supplemento al n. 4/2003, p. 99 ss., che la quella al progetto di legge delega presentato nella XIII Legislatura; vedi FERRO LUZZI, *Indicazione negli atti e nella corrispondenza circa la soggezione della società a direzione e coordinamento di altra società*, in *Dircomm. it.*, III.4 aprile 2003, 2, § 3.1; CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 47 ss.; MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 240 ss.; BUSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 65 ss., spec. p. 93: «al potere (inteso come situazione giuridica attiva) dovrebbe infatti essere correlato il "dovere" degli amministratori della società soggetta a direzione unitaria di gestire la società in esecuzione delle direttive impartite dalla capogruppo», con la conseguenza che essi «non sarebbero più, in buona sostanza, amministratori».

⁴¹ Peraltro, è lo stesso codice a fornire un elemento in ordine alla rilevanza dell'influenza dominante esercitata da soggetti diversi dalle società, tramite la fattispecie dei patti parasociali di cui all'art. 2341-bis c.c., che possono essere stipulati anche da persone fisiche ed hanno ad oggetto l'esercizio di un'influenza dominante

esempio si rinviene nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, nel cui ambito sono considerate imprese di gruppo, oltre alle società di cui all'art. 2359 c.c., «anche le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune» (art. 80, comma 1°, n. 3, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270), con ciò aprendo anche alle persone fisiche⁴².

Queste disposizioni – cui si aggiunge anche l'art. 23 Tub (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385), che fa riferimento al controllo esercitato da soggetti diversi dalle società – non risultano però sufficienti al fine di applicare analogicamente alla *holding* persona fisica l'ipotesi di responsabilità contemplata dall'art. 2497, comma 1°, c.c., che continua a riferirsi esclusivamente a società ed enti. Infatti, la responsabilità posta dalla disciplina codicistica ha innovato rispetto a tali norme proprio perché nell'impianto della Prodi *bis* la responsabilità restava ancorata alle persone fisiche degli amministratori, ed ora si incentra invece sulla responsabilità della *holding* come persona giuridica, sulla falsariga di quanto previsto nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁴³.

In ogni caso, a fronte di una predominante tesi letterale⁴⁴, parte della dottrina – accompagnata da al-

cuna giurisprudenza di merito, secondo cui la teoria opposta contrasterebbe con la previsione del secondo comma dell'art. 2497, che si riferisce genericamente a «chi» abbia preso parte al fatto lesivo, presupponendo la responsabilità della persona fisica che «svolga in proprio, concentrandola tutta nelle proprie mani, l'intera attività direttiva e di controllo (tanto più se in modo occulto)»⁴⁵ – ricorre all'interpretazione analogica, sia in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sia in base all'*argumentum a simili* ex art. 14 disp. prel. c.c.⁴⁶. Diversamente, si sostiene, si avrebbe un vuoto normativo, e la posizione dell'*holder* persona fisica risulterebbe esente da responsabilità, nel caso di gruppo a raggiera, dove mancano società in posizione sovraordinata rispetto ad altre; e non sarebbe ragionevole discriminare i creditori e i soci esterni di società dirette e coordinate da *holding* persona fisica rispetto a quelli di società dirette e coordinate da altre società, senza che vi sia un *minus* di pericolosità della prima rispetto alla seconda ipotesi, che non varia a seconda della struttura soggettiva di chi in concreto riveste la qualifica di capogruppo⁴⁷.

su una s.p.a. (e vedi PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, 1, p. 105 ss.).

⁴² Ante riforma era stato auspicato che tale legge, in quanto non selezionava i soggetti cui era applicabile, accelerasse l'estensione al diritto generale delle procedure concorsuali di talune regole, quali, per l'appunto, «l'applicazione della disciplina del gruppo, ora limitata ai rapporti tra imprese (art. 80 ss.), anche al controllo non attuato da un'impresa (socio tiranno, imprenditore occulto) o quelle sul concordato (possibilità di proposta del concordato da parte di un terzo)» [corsivo aggiunto]: M. SANDULLI, *La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prime riflessioni*, in *Giust. civ.*, 2000, 1, p. 57 ss. In tema, vedi altresì D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. civ.*, 1981, I, c. 3022 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 622 e 811.

⁴³ E cfr. GIOVANNINI, *La responsabilità da direzione e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 199; GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 135 s.

⁴⁴ V.A. PATTI, *Sub art. 2497 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 243 ss.; BADINI CONFALONIERI - VENTURA, *Sub art. 2497 c.c.*, cit., p. 2166 s.; BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Buonocore, Torino, 2004, p. 200 ss.; GIOVANNINI, *La holding persona fisica*, cit., p. 30, la quale evidenzia che una modifica ancor più significativa si è avuta nell'art. 2497-bis, secondo comma c.c., ove nella formulazione provvisoria si prevedeva l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese «dei soggetti, persone fisiche, enti o società, che esercitano attività di direzione e coordinamento», mentre nell'attuale definitiva versione il richiamo alle persone fisiche è stato eliminato); SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, p. 69 ss.; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 323 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Milano, 2007, 2, 304 ss.; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., p. 59 ss.;

GUGLIEMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 41 ss.; cfr. ANGELICI, *Il governo dei gruppi*, in *La riforma delle società commerciali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 135 ss.; JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di Ambrosini, Milano, 2003, p. 195 ss., e sulla originaria formulazione ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, 2003, p. 247 ss.

⁴⁵ In questo senso Trib. Venezia 12 ottobre 2012, n. 164, cit. Nel caso trattato dal giudice lagunare, tuttavia, la questione perdeva rilevanza una volta configurata l'esistenza di una holding occulta del gruppo come società di fatto. Cfr. altresì Trib. Milano Ordinanza, 20 marzo 2014, in *Società*, 2014, 7, p. 883 ss., con nota di STABILINI, *Responsabilità ex art. 2497 c.c.: Legittimazione attiva e passiva, nozione di direzione e coordinamento, natura contrattuale dell'azione*, e in *Giur. it.*, 2015, 2, p. 403 ss., con nota di MORINO, *Direzione e coordinamento di società - la responsabilità della holding persona fisica: fisiologia o patologia?*: «È configurabile la diretta responsabilità delle persone fisiche esercenti attività di direzione e coordinamento verso la società eterodiretta per i danni provocati al suo patrimonio dall'esercizio illegittimo di tale attività, quando sussistano elementi probatori in grado di dimostrare che il socio persona fisica si è comportato come una vera e propria holding».

⁴⁶ E cfr. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012, *passim*, spec. 240 ss., per il quale l'obiezione che il legislatore abbia voluto escludere volontariamente la capogruppo personale non impedirebbe l'estensione analogica della norma trattandosi di quelle che Bobbio chiamava «lacune soggettive», che dipendono dal legislatore ma non impediscono l'analogia (BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, s.d. ma 1963, p. 604).

⁴⁷ Cfr. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 27 ss.; PRESTIPINO, *op. ult. cit.*; ESPOSITO, *La categoria dell'abuso nella personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 5 s. (sulla base del rilievo per cui il nostro legislatore non utilizza mai, neanche nel primo libro del codice civile, il

5.2. (Segue). Il ruolo del secondo comma dell'art. 2497 c.c.

La sentenza in commento non si sofferma sui requisiti soggettivi dell'illecito di cui all'art. 2497, comma 1°, c.c.: la responsabilità dell'editore di fatto-persona fisica viene desunta direttamente in base ad un generico richiamo alla norma.

Dagli scritti difensivi si evince tuttavia come l'ipotesi di responsabilità qui applicata si riferisca piuttosto al secondo comma del predetto articolo, che prevede la solidarietà con la società o gli enti di cui al comma primo di «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo»⁴⁸.

Il capoverso indicato disciplina la diversa fattispecie della partecipazione alla gestione, fattispecie diversa rispetto all'eterodirezione di cui al 1° comma, potendo rappresentare, in taluni casi, «un indice rivelatore dell'attività di abusivo dominio»⁴⁹.

La formulazione normativa appare idonea a ricomprendere una vasta gamma di ipotesi, riguardanti tutte quelle situazioni di dominio societario di fatto, occultato attraverso l'uso di schermi societari, se non altro perché l'espressione «prendere parte ad un fatto lesivo» è riferibile a qualsiasi comportamento che abbia contribuito alla produzione di quel fatto⁵⁰.

Per poco che si rifletta, tuttavia, la responsabilità solidale presuppone l'esistenza di un altro soggetto dichiarato responsabile – seppur a diverso titolo *ex art.* 1293 c.c. – ai sensi del primo comma e quindi, ancor più a monte, l'esistenza stessa di un gruppo.

Da più parti si è pertanto osservato che, laddove manchi una *holding* responsabile ai sensi del comma primo, il soggetto che abbia diretto l'attività di gruppo

termine ente sicché ad esso non può essere attribuito valore tecnico diverso da quello corrente, in cui rientrerebbe anche la persona fisica); SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 661 ss. (posizione che l'Autore definisce legata ad evitare l'abbassamento della tutela delle minoranze e dei creditori)

⁴⁸ Per un'ampia argomentazione di questa disposizione, si rimanda a L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, cit., *passim*, spec. p. 212 ss.

⁴⁹ FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, cit., § 4; cfr. altresì GALGANO-SBISÀ, *op. cit.*, p. 63 s.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2013, p. 305 nota 31, il quale specifica che l'art. 2497, comma 2, c.c. si applicherebbe alla holding persona fisica se questa prendesse parte all'abuso di direzione e coordinamento posto in essere da una società o ente (ad esempio, una controllante intermedia), oltre che nell'ipotesi in cui ne avesse tratto consapevolmente beneficio (sia pure nei limiti del vantaggio conseguito); RORDORF, *I gruppi nella recente riforma*, cit., 544 ss.; R. Sacchi, *op. cit.*, p. 661.

⁵⁰ Così ad es. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma*, cit., p. 544 ss. Nel senso che le norme di cui agli artt. 2497 ss. c.c. (insieme all'art. 2476, 5° comma, c.c.) offrirebbero così «un importante spunto per la ricostruzione di un sistema generale della responsabilità di gestione a carico dei soggetti che, non essendo amministratori, influiscono però sulla gestione della società» è l'opinione di M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, cit., p. 332.

potrà risponderne non già in forza del comma secondo, ma come amministratore di fatto⁵¹, ovvero come imprenditore occulto⁵².

Eppure, diversamente da quanto previsto dall'art. 2055 c.c. a proposito della solidarietà nel fatto illecito, la dottrina non ha mancato di rilevare che la norma di cui all'art. 2497 è fonte di un'apposita e autonoma responsabilità, volta a sanzionare gli illeciti compiuti nel contesto di un'attività organizzata⁵³.

Il principio sancito dall'art. 2497, comma 2, c.c. va d'altronde di pari passo con quanto previsto dall'art. 2476, comma 7, c.c., dettato in tema di s.r.l. – laddove si dispone che sono «altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi»⁵⁴ – e dall'art. 2395, c.c., sull'azione individuale del socio o del terzo contro gli atti dolosi o colposi degli amministratori⁵⁵.

Quel che sembra emergere dalla sentenza in esame è l'applicazione di un principio generale, che con la Riforma ha trovato ulteriori solidi agganci normativi,

⁵¹ Sulle intersezioni del secondo comma dell'art. 2497 c.c. con il problema dell'amministratore di fatto v. da ultimo L. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 242 e ss.; VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento*, Torino, 2010, *op. cit.*, pp. 235 e 236; GIOVANNINI, *La responsabilità da direzione e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 58 ss., la quale osserva come la direzione e il coordinamento di società rappresentino comunque, un tipo di «contatto», che sebbene sia diverso rispetto al contatto sociale posto in essere dall'amministratore di fatto, è pur sempre un «contatto sociale», ossia un comportamento esecutivo idoneo a far sorgere un vero e proprio rapporto contrattuale che rappresenta la fonte di specifici obblighi. La posizione si rinviene già in BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 269 ss.

⁵² E cfr. infatti MENTI, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*, nota a Trib. Milano, 11 aprile 2011, in *Fallimento*, 2011, 10, p. 1229 ss.

⁵³ L'art. 2497, comma 2, c.c., «lungi dal limitarsi a rinviare all'applicazione delle fattispecie di responsabilità monosoggettiva contemplate dall'ordinamento per farne conseguire la solidarietà fra i co-responsabili, fonda autonomamente l'antigiuridicità del fatto da essa previsto» (L. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 55).

⁵⁴ La norma – pur con delle diversità – mira a evitare spazi di immunità per atti scorretti di natura amministratori compiuti da quei soci privi della formale investitura di amministratori, ed è espressione della tendenza a reprimere gli abusi della personalità giuridica: vedi SANTOSUOSSO, *Responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per gli atti di influenza amministrativa (art. 2476, 7° comma, c.c.)*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 4, p. 525 ss., spec. pp. 527 e 530; L. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 226 nota 120, e ID., *Il coordinamento degli ambiti di applicazione degli artt. 2497 e 2476, co. 7, c.c. rispetto alla s.r.l. di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 432 ss., spec. p. 459 ss.

⁵⁵ Sull'analogia di *ratio* tra l'art. 2497, comma 2, e l'art. 2395 c.c., che fonda un concorso di responsabilità diretta con inerENZA dell'atto dannoso ad un'attività soggetta ad imputazione autonoma con due distinti titoli di imputazione contro la società e gli amministratori, v. L. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 115 s. e ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nelle società per azioni: profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 69.

ossia il rapporto biunivoco tra gestione e rischio. Si apre così la strada per un'applicazione del criterio di imputazione di responsabilità di cui al secondo comma anche al di fuori di un'ipotesi di gruppo⁵⁶, nonché in presenza di un gruppo solo apparente, che si ha quando, come nel nostro caso, si è in presenza di una tale violazione delle norme societarie che la pluralità di enti è in realtà solo fittizia. Difetta in questa ipotesi il carattere essenziale del gruppo, e cioè il rispetto dell'autonoma soggettività giuridica delle società che lo compongono, le quali sono invece gestite direttamente, attraverso una permanente ingerenza nelle scelte gestionali, idonea a qualificare in capo all'autore della condotta l'esercizio di una vera e propria attività di impresa⁵⁷.

Non bisogna infine dimenticare che nel caso d'ipotesi vi è un'apposita norma, contenuta nella legge per la stampa (art. 11 l. 8 febbraio 1948, n. 47), che prevede la responsabilità oggettiva del proprietario e dell'editore, in solido con gli autori degli articoli diffamatori. Si sarebbe con buona probabilità potuta accertare la responsabilità dell'editore di fatto già sulla base del combinato disposto di tale disposizione e dell'art. 2055 c.c., raggiungendo i medesimi risultati anche senza un richiamo alla disciplina della direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.* Una tale impostazione avrebbe però permesso di far valere direttamente la responsabilità risarcitoria nei confronti di Giuseppe Ciarrapico soltanto dopo aver dimostrato – con notevole onere a carico del danneggiato – che la presenza di uno schermo societario era in realtà frutto di un abuso, che il controllo esterno era soltanto apparente, che si era concretizzata una piena sostituzione ai poteri degli amministratori «di paglia», con conseguente imputabilità dell'attività di impresa – e della responsabilità risarcitoria ad essa connessa – direttamente all'editore di fatto.

⁵⁶ Ciò perverso incontra l'opposizione della dottrina che sottolinea come il «prendere parte» sia un coelemento costitutivo della fattispecie, essendo l'illecito principale pur sempre quello della capogruppo (L. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 61 ss., 82 ss., 112 ss., 212 ss.). Vedi GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 226, la quale rileva l'inidoneità della disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c. rispetto al problema dell'abuso della personalità giuridica.

⁵⁷ D'altronde, era stato già osservato che «la direzione unitaria abusiva, che non tenga conto delle autonome esigenze dei singoli centri di imputazione, che incanali acriticamente l'attività dell'interno gruppo in un'unica gestione, non «unitaria» ma appunto «unica», non è – nel sistema vigente – direzione unitaria di gruppo, ma attività d'impresa» (LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo*, in AA.Vv., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di Studi*, Milano, 1996, II, p. 1517). Secondo GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le Società, Trattato diretto da Galgano*, Torino, 2001, p. 236, in tali casi «si dovranno perciò disapplicare le norme sui gruppi di società, superando l'alterità soggettiva fra controllante e controllata e rendendo la prima direttamente responsabile delle obbligazioni solo nominalmente assunte dalle apparenti controllate».

La soluzione adottata dal Tribunale di Cassino appare quindi una interessante apertura, rappresentando allo stesso tempo una prospettiva da approfondire alla luce delle potenziali (molteplici) applicazioni.

Rassegna di legittimità

Assicurazione – Circolazione stradale – Risarcimento diretto per danni a cose – Disciplina dell'art. 9, comma 2, del d.P.R. n. 254 del 2006 – Spese di assistenza legale – Esclusione – Limiti

Il risarcimento diretto dei danni a cose per sinistro da circolazione stradale, di cui all'art. 9, comma 2, del d.P.R. 18 luglio 2006, n. 254, non include l'erogazione delle spese per assistenza legale solo nell'ipotesi in cui esse non siano effettivamente necessarie, dovendosi altrimenti reputare la norma, di natura regolamentare, contraria all'art. 24 Cost., con conseguente sua disapplicazione.

Cass. civ., sez. III., 29 maggio 2015, n. 11154

Pres. Segreto, Est. Carleo

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 un contratto, hanno ritenuto valida e produttiva di effetti la stipulazione di un 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

Elettorato – Provvedimento di sospensione dalla carica di sindaco ex art. 11, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 235 del 2012 – Impugnazione – Giurisdizione – Giurisdizione del giudice ordinario – Fondamento

Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa avverso il provvedimento di sospensione dalla carica di sindaco ex art. 11, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 235 del 2012 (cd. legge Severino), trattandosi di atto vincolato e non discrezionale, incidente - ancorché a tempo determinato - sul diritto soggettivo

di elettorato passivo della persona investita della suddetta funzione pubblica, il quale non si esaurisce con la partecipazione alle elezioni ma si estende anche all'espletamento delle funzioni per le quali si è eletti.

Cass. civ., sez. un., 28 maggio 2015, ord. n. 11131

Pres. Rovelli, Est. Petitti

Espropriazione per pubblica utilità – Giurisdizione

Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto dà luogo ad una controversia riconducibile in parte direttamente ed in parte mediata-mente ad un provvedimento amministrativo, la domanda di risarcimento per i danni che si pretendono conseguiti ad una occupazione iniziata, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, in virtù di un decreto di occupazione d'urgenza e proseguita anche dopo la sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Cass. civ., sez. un., 27 maggio 2015, ord. n. 10879

Pres. Santacroce, Est. Di Amato

Impugnazioni civili – Travisamento della prova – Nozione – Deducibilità con ricorso per cassazione – Ammissibilità – Condizioni – Decisività dell'informazione probatoria risultante dalla prova travisata

La prima sezione ha affermato che ricorre il travisamento della prova ove l'informazione probatoria riportata ed utilizzata dal giudice per fondare la decisione sia diversa ed inconciliabile con quella contenuta in un atto processuale (nella specie, la relazione del Ctù); la relativa deduzione con ricorso per cassazione presuppone che il ricorrente specificamente indichi ed alleggi l'atto medesimo ed assume rilievo purché l'informazione probatoria, risultante dalla prova travisata, sia decisiva, ossia capace da sola di portare il giudice di merito in sede di rinvio a rovesciare i contenuti della precedente decisione.

Cass. civ., sez. I., 25 maggio 2015, n. 10749

Pres. Forte, Est. Genovese

Impugnazione – Termini agganciati alla prima notifica anche se perfezionata per seconda

In tema di notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine breve di impugnazione, quando il difensore agente al di fuori del circondario di iscrizione, avendo eletto domicilio in un comune diverso da quello sede dell'ufficio giudiziario adito, si debba considerare ex lege domiciliato presso la cancelleria ai sensi dell'art. 82

del r.d. n. 37 del 1934, si deve ritenere che tale domiciliazione, essendo prevista nell'interesse della controparte, comporti a carico di quest'ultima non già l'obbligo, ma solo la facoltà di notificare presso la cancelleria, potendo a sua scelta anche notificare presso il domicilio (sebbene irritualmente) eletto. Ne consegue che, qualora detta parte eserciti quest'ultima scelta con l'attivazione del procedimento notificatorio presso il domicilio irritualmente eletto, si deve considerare che abbia rinunciato ad avvalersi della possibilità di notificazione presso la cancelleria, potendo tale possibilità recuperarsi solo se il procedimento notificatorio così attivato non risulti perfezionato nei confronti del destinatario.

Cass. civ., sez. VI, 01 giugno 2015, n. 11333
Pres. Finocchiaro, Est. Frasca

Liquidazione coatta amministrativa – Trasferimento di azienda

Mentre nell'ambito applicativo del d.lgs. n. 385 del 1993, l'art. 90 deroga alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c., limitando la responsabilità del cessionario ai soli debiti dell'azienda cedente in liquidazione coatta amministrativa risultanti dallo stato passivo, viceversa, in caso di cessione d'azienda assoggettata al regime generale di cui all'art. 2112 c.c., posto il carattere retributivo e sinallagmatico del trattamento di fine rapporto che costituisce istituto di retribuzione differita, il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto sia proseguito con il datore di lavoro cessionario, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di lavoro svolto fino al trasferimento aziendale, mentre il datore di lavoro cessionario è obbligato per la stessa quota solo in ragione del regime di solidarietà e resta l'unico obbligato quanto alla quota maturata nel periodo successivo alla cessione.

Cass. civile, sez. lav., 11 maggio 2015, n. 9464
Pres. Lamorgese, Est. Tria

Morte di prossimo congiunto – Danno non patrimoniale – Liquidazione

Se le "tabelle" applicate per la liquidazione del danno non patrimoniale da morte di un prossimo congiunto cambino nelle more tra l'introduzione del giudizio e la sua decisione, il giudice (anche d'appello) ha l'obbligo di utilizzare i parametri vigenti al momento della decisione.

Cass. civ., sez. III., 29 maggio 2015, n. 11152
Pres. Salmè, Est. Vincenti

Società – Società di capitali – Responsabilità degli amministratori – Azione del curatore – mancata tenuta della contabilità – Determinazione del danno – Differenza tra passivo accertato e attivo liquidato – Rilevanza – Criterio di liquidazione equitativa

Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore a norma dell'art. 146, comma secondo, legge fallimentare, la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto,

non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, che integra solo un parametro per una liquidazione equitativa, ove ne sussistano le condizioni, sempreché il ricorso a tale criterio sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, che l'attore abbia indicato le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore.

Cass. civ., sez. un., 06 maggio 2015, n. 9100
Pres. Rovelli, Est. Rordorf

Trasferimento di azienda – Nullità – Rapporto di lavoro – Conseguenze

In caso di cessione di azienda dichiarata nulla, l'obbligazione del cedente che non provveda al ripristino del rapporto di lavoro deve essere qualificata come risarcimento del danno, con la conseguente detraibilità dell'aliunde perceptum. Il contratto di lavoro è un contratto a prestazioni corrispettive nel quale l'erogazione del trattamento economico in mancanza di lavoro costituisce un'eccezione, che deve essere oggetto di un'espressa previsione di legge o di contratto, ciò che avviene ad esempio nei casi del riposo settimanale (art. 2108 cod. civ.) e delle ferie annuali (art. 2109 cod. civ.). In difetto di un'espressa previsione in tal senso, la mancanza della prestazione lavorativa da luogo anche nel contratto di lavoro ad una scissione tra sinallagma genetico (che ha riguardo al rapporto di corrispettività esistente tra le reciproche obbligazioni dedotte in contratto) e sinallagma funzionale (che lega invece le prestazioni intese come adempimento delle obbligazioni dedotte) che esclude il diritto alla retribuzione - corrispettivo e determina a carico del datore di lavoro che ne è responsabile l'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni. In quanto risarcimento del danno - ed in assenza di una disciplina specifica per la determinazione del suo ammontare - soccorrono i normali criteri fissati per i contratti in genere, con la conseguenza che dev'essere detratto l'aliunde perceptum che il lavoratore può aver conseguito svolgendo una qualsivoglia attività lucrativa.

Cass. civ., sez. lav., 27 aprile 2015, n. 8514
Pres. Roselli, Est. Bronzini

Trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c. – Cessione del contratto – Differenze

L'art. 2112 c.c., sia nel testo sostituito dal d.lgs. n. 18 del 2001, art. 1 vigente a decorrere dal 1 luglio 2001, sia nel testo modificato dal d.lgs. n. 276 del 2003, art. 332, ha mantenuto immutata la definizione di "trasferimento di parte dell'azienda" nella parte in cui essa è "intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata". Tale nucleo della disposizione è rimasto intatto, non essendo stato toccato dalle modifiche normative che hanno invece riguardato, con riferimento all'articolazione appena descritta, la soppressione dell'in-

ciso “preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità” e l’aggiunta testuale “identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”. Detta nozione di trasferimento di ramo d’azienda nella parte di testo non modificata è coerente con la disciplina in materia dell’Unione Europea (direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE, che ha proceduto alla codificazione della direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, come modificata dalla direttiva 29 giugno 1998, 98/502/CE) secondo cui “è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di una entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un’attività economica, sia essa essenziale o accessoria” (art. 1, n. 1, direttiva 2001/23). La Corte di Giustizia, cui compete il monopolio interpretativo del diritto comunitario vivente, ha ripetutamente individuato la nozione di entità economica come complesso organizzativo di persone e di elementi che consenta l’esercizio di un’attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo e sia sufficientemente strutturata ed autonoma. Il criterio selettivo dell’autonomia funzionale del ramo d’azienda ceduto, letto conformemente alla disciplina dell’Unione, consente di affrontare e scongiurare ipotesi in cui le operazioni di trasferimento si traducano in forme incontrollate di espulsione di personale.

Cass. civ., sez. lav., 09 aprile 2015, n. 7144

Pres. Roselli, Est. Bronzini

Tributi – Presentazione telematica del modello unico – A mezzo di intermediario incaricato – Prova del regolare adempimento – Dichiarazione sostitutiva di atto notorio rilasciata dal professionista – Inidoneità

La tempestività della presentazione telematica del Modello Unico ad opera di professionista a ciò incaricato, e che si sia assunto il relativo impegno, non può essere provata, ai sensi dell’art. 3, del d.P.R. n. 322 del 1998 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.P.R. n. 435 del 2001), a mezzo di dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dall’intermediario, la quale non risponde ai requisiti di forma e sostanza previsti per la documentazione che il professionista è tenuto a rilasciare al contribuente.

Cass. civ., sez. V., 29 maggio 2015, n. 11236

Pres. Piccininni, Est. Tricomi

Rassegna di merito

Ammissione al passivo: non è fondiario il finanziamento erogato per estinguere pregresse esposizioni

Allorché le somme erogate in un mutuo fondiario siano state destinate dalla banca all'estinzione di precedenti debiti del soggetto mutuatario, al contratto non può riconoscersi natura giuridica di mutuo fondiario, in quanto le somme mutuate, anziché essere destinate alla funzione tipica di tale categoria di mutuo, sono servite unicamente ad estinguere pregresse esposizioni debitorie verso la banca, ma la mancanza della causa tipica del contratto di mutuo fondiario non comporta la nullità del negozio indiretto stipulato fra le parti, ma solo la non applicabilità ad esso dell'art. 39 del T.U.B. d.lgs. n. 385 del 1993, che prevede il consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca fondiaria, con la conseguenza che l'ipoteca iscritta in favore della banca a garanzia di un debito precedentemente sorto e non ancora scaduto, può essere revocata ai sensi dell'art. 67 l. fall.

Trib. Napoli, 22 aprile 2015

Pres. S. De Matteis, Rel. A. Notaro

Art. 492-bis c.p.c.: il creditore procedente può chiedere le informazioni direttamente ai gestori delle banche dati

Il Giudice dell'esecuzione, innanzi al quale pende procedura esecutiva immobiliare, può autorizzare il creditore munito di titolo esecutivo ad accedere alle banche dati della pubblica amministrazione ex art. 492-bis c.p.c., anche in mancanza dei decreti attuativi, al fine dell'individuazione di cose e/o crediti da sottoporre ad esecuzione, comprese quelle relative a rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti.

Trib. Napoli, 05 maggio 2015

Giud. M. Cacace

Centrale rischi: non sussiste un obbligo generalizzato di preavviso della segnalazione

Il particolare meccanismo di funzionamento del sistema di segnalazione dei rischi alla Centrale gestita dalla Banca d'Italia orienta nel senso di escludere un obbligo generalizzato di preavviso alla segnalazione.

La Banca non è tenuta a fornire alcuna comunicazione preventiva al cliente se questi non riveste la qualità di consumatore e nell'ulteriore caso in cui, si tratti di segnalazione non "a sofferenza", bensì "a scadenza", per un'esposizione debitoria pari o superiore ai 30.000 euro,

non essendovi in tale segnalazione alcun margine di discrezionalità dell'istituto. La disposizione di cui all'art. 4, comma 7 del Codice deontologico e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati, che impone alla Banca un obbligo di preavviso nei confronti del cliente, non è applicabile alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, in ragione della natura pubblicistica dell'istituto.

Trib. Napoli Nord, 16 aprile 2015

Pres. E. Caria, Rel. C. Satta

Conto corrente: l'estratto conto diviene incontestabile dopo la comunicazione

A differenza del saldaconto, che riveste efficacia probatoria nel solo procedimento monitorio, l'estratto conto, trascorso il necessario periodo di tempo dalla sua comunicazione al correntista, assume invece carattere di incontestabilità ed è, conseguentemente, idoneo a fungere da prova anche nel successivo giudizio contenzioso instaurato dal cliente. Tale efficacia probatoria introduce una presunzione iuris tantum vincibile con la prova contraria, con la conseguenza che le risultanze degli estratti conto possono essere disattese solo in presenza di circostanziate contestazioni.

Trib. Monza, 09 giugno 2015, n.1673

Giud. C. Giovanetti

Ctu: inammissibile se finalizzata ad indagine esplorativa su fatti non provati

La Ctu tecnica d'ufficio non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal Giudice qualora la parte tende a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prove ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. La consulenza tecnica d'ufficio, infatti, non è mezzo istruttorio in senso proprio e spetta al Giudice di merito stabilire se essa sia necessaria od opportuna, fermo restando l'onere probatorio delle parti, e la relativa valutazione, se adeguatamente motivata in relazione al punto di merito da decidere, non può essere sindacata in sede di legittimità. Legittimamente non è disposta dal giudice se è richiesta per compiere un'indagine esplorativa sull'esistenza delle circostanze, il cui onere di allegazione è invece a carico delle parti.

Trib. Latina, 12 gennaio 2015

Giud. R. Miele

Esecuzione forzata: disposizioni con effetti ultra-triennali di fitti o pigioni non scaduti – opponibili se trascritte

Le disposizioni con effetti ultratriennali di fitti o pigioni non scaduti sono opponibili al creditore pignorante o intervenuto nell'esecuzione (ex art. 2918 cc) o all'acquirente (o all'aggiudicatario) (ex art. 2924 cc) o al creditore ipotecario (ex art. 2912 cc) solo se trascritte.

Tali norme trovano il loro comune presupposto giuridico-formale nella disposizione dell'art. 2643, n. 9, c.c., secondo cui "si devono rendere pubblici, col mezzo della trascrizione (...) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni" e la loro ratio – comune anche alla disciplina contenuta nell'art. 1605 c.c., relativo agli effetti delle disposizioni di fitti riguardo all'acquirente nelle vendite volontarie – nell'esigenza di salvaguardare le ragioni del creditore pignorante o ipotecario ovvero dell'acquirente-aggiudicatario, assoggettando il regime dell'opponibilità delle liberazioni e cessioni ultratriennali nei loro riguardi alla regola della priorità delle trascrizioni, piuttosto che a quella della data certa anteriore

Trib. Napoli Nord, 05 maggio 2015

Giud. A. Auletta

Fallimento: la mancanza di data certa del contratto di conto corrente non è motivo sufficiente per l'esclusione

Il Curatore prima ed il Giudice delegato poi, qualora eccepiscano il difetto di data certa, non contestando la sussistenza del rapporto, non potranno limitarsi alla reiezione della domanda ma dovranno chiedere al creditore istante di rideterminare il credito azionato alla luce dei rigorosi principi probatori del processo civile.

Non è possibile escludere a priori una prova testimoniale o per presunzioni che provi l'antioriorità della formazione dell'atto al fallimento.

La produzione degli estratti conto fin dall'inizio del rapporto è idonea a consentire l'ammissione al passivo del credito azionato con tutti i suoi accessori previsti in contratto anche se non avente, quest'ultimo, data certa atteso che la ricostruzione totale del rapporto consente di ritenere tali emolumenti concordati in data anteriore al fallimento.

Trib. Pavia, 12 maggio 2015

Guid. A. Balba

Indebito: se il cliente non prova l'affidamento le rimesse si intendono solutorie

Con il contratto di conto corrente la banca si impegna unicamente ad offrire al cliente un servizio di cassa nell'utilizzo della provvista propria del cliente, ovvero a provvedere per conto del medesimo a pagamenti e riscossioni, e non a mettere a disposizione denaro in favore del correntista, per cui se il conto corrente è a debito e non è assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria della provvista deve generalmente essere esclusa, stante l'obbligo di restituzione di quanto utilizzato che fa capo al correntista.

Nelle azioni di ripetizione di indebito, la prova circa la sussistenza di un'apertura di credito incombe, per regola generale (art. 2697 cc), su chi intende far valere l'esistenza di tale contratto al fine di trarre le conseguenze a sé favorevoli e paralizzare così l'eccezione di prescrizione svolta dalla banca.

In mancanza della prova dell'affidamento, tutte le rimesse si presumono solutorie ed il termine di prescrizione decennale decorre dalla data del singolo versamento.

La presenza di saldi passivi negli estratti conto nonché di addebiti in conto spese per gestione fido non consentono di valutare l'ammontare e l'epoca degli affidamenti, in maniera tale da accertare se i versamenti fossero effettuati su conto passivo o su conto scoperto, in quanto recante un saldo passivo tale da risultare comunque eccedente i limiti dell'affidamento.

Trib. Bari, 21 maggio 2015, n. 2353

Giud. S. Gambatesa

Inefficacia ex art. 64 l. fall.: il carattere gratuito non deve essere valutato esclusivamente ex parte debitoris

Agli effetti dell'art. 64 l. fall., il carattere gratuito di un atto non deve essere valutato esclusivamente ex parte debitoris, configurandosi tale gratuità solo nel rapporto tra il fallito ed il debitore, ove manchi una causa onerosa che giustifichi la liberazione di tale soggetto, e non anche tra il fallito e il creditore, nei confronti del quale l'adempimento estingue un'obbligazione derivante da causa onerosa.

Non può qualificarsi gratuito, nei rapporti tra solvens ed accipiens, il pagamento da parte del fallito del debito di un terzo, poiché tale pagamento si risolve nell'adempimento di un'obbligazione derivante da causa onerosa e può surrogare il solvens nei diritti relativi alla posizione creditoria.

Trib. Napoli, 27 marzo 2015, n. 4608

Giud. F. Reale

Mediazione: il difensore ha funzione di assistenza e non di rappresentanza

Nel caso il giudizio sulla mediabilità della controversia sia già formulato con il provvedimento del giudice che onera le parti di attivare la relativa procedura, la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti.

A tal proposito, giova rilevare che l'art. 5 del d. lgs. 28/2010 sia al comma 1 che al comma 2, fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale

Trib. Pavia, 18 maggio 2015

Giud. G. Marzocchi

Mutuo: si perfeziona con la disponibilità giuridica in deposito cauzionale

Pur essendo il mutuo un contratto reale, che quindi si perfeziona con la consegna della somma, perché sia integrato tale elemento costitutivo del contratto, non è necessaria la materiale e fisica tradizione del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente che ne sia assicurata da parte del mutuante la disponibilità giuridica.

Costituiscono, quindi, equipollenti della tradizione, la creazione da parte del mutuante di un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, sì da determinare l'uscita della somma dal patrimonio del primo e l'acquisizione della stessa al patrimonio del secondo, ovvero le specifiche pattuizioni inserite dalle parti nel contratto di mutuo, consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma mutuata al fine di soddisfare un interesse del primo.

Trib. Napoli, 17 aprile 2015, n. 5681

Giud. A. Casoria

Procedimento monitorio europeo: ammissibile il deposito della domanda su supporto cartaceo

Il procedimento monitorio europeo, in quanto istituito autonomo e diverso dai procedimenti monitori interni agli Stati membri, non risulta dunque riconducibile al "procedimento davanti al tribunale di cui al libro IV, titolo I, capo I del codice di procedura civile", sottoposto all'obbligo della forma telematica.

Invero, il regolamento n. 1896/2006, che all'art. 7, comma 5, dispone che "la domanda è presentata su supporto cartaceo o tramite qualsiasi altro mezzo di comunicazione, anche elettronico, accettato dallo Stato membro d'origine e di cui dispone il giudice d'origine", non può essere interpretato nel senso di imporre anche per la ingiunzione europea l'obbligo della forma telematica. È sufficiente, infatti, che le ingiunzioni europee di pagamento "siano presentate su supporto cartaceo: non vi sono altri requisiti".

La Corte di Giustizia ha precisato che gli Stati membri non possono imporre liberamente requisiti ulteriori di forma, previsti dalla loro legislazione nazionale, in relazione alla domanda d'ingiunzione di pagamento europea.

Trib. Milano, 08 aprile 2015, n. 10488

Giud. G. Buffone

Revocatoria Fallimentare: ai fini della scientia decotiois, è irrilevante l'ipoteca volontaria

Ai fini della prova della scientia decotiois, è irrilevante l'ipoteca volontaria, mentre costituiscono idoneo elemento di prova le ipoteche legali iscritte dalla concessionaria per la riscossione. L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa concerne i soli pagamenti effettuati nei termini d'uso e dunque non vi rientrano i pagamenti effettuati nel corso della liquidazione della società.

Ai fini della esenzione la convenuta deve dimostrare che i pagamenti siano avvenuti secondo precise modalità

contrattuali e nei termini d'uso concordati al momento della stipula del contratto.

Trib. Napoli, 13 aprile 2015, n.5390

Pres. L. Di Nosse

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. c.p.c., 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

USURA: nuova condanna per lite temeraria per euro 20.000

Il sistema previsto dalla legge 108/96 ha previsto una procedura amministrativa volta a rilevare in modo oggettivo il livello medio dei tassi di interesse da ancorarsi al disvalore sociale del costo del denaro collegandolo al superamento del tasso soglia. In tale procedimento le istruzioni della Banca d'Italia hanno un ruolo fondamentale, in quanto provvedono ad indicare analiticamente i dati da segnalare e il trattamento degli oneri e delle spese. La proposizione di un giudizio avente ad oggetto l'usura bancaria, nel quale si rivendichi un credito inesistente, supportato da una perizia di parte, elaborata su criteri indecifrabili integra un'ipotesi di lite temeraria avendo la parte agito con dolo o colpa grave.

Trib. Monza, 26 marzo 2015

Giud. M. Buratti

Corte di Cassazione, Quinta Sezione Civili

Sentenza del 2 aprile 2015, n. 6743 - Pres. Piccininni, Rel. Bielli

Riscossione dei debiti erariali delle aziende chiuse: cinque anni, ma solo a condizione che l'istanza di cancellazione sia pervenuta dopo il 13 dicembre 2014

La sezione tributaria della Corte di cassazione è chiamata, con la pronuncia in commento, a chiarire una problematica di interesse significativo, non solo per i consulenti che operano nel settore strettamente tributario. La Suprema Corte ha precisato, infatti, che il comma 4 dell'art. 28 del d.lg. n. 175 del 2014, recante disposizioni di natura sostanziale sulla capacità della società cancellata dal registro delle imprese, non ha efficacia retroattiva. L'affermazione ha ricadute pratiche di grande rilievo poiché, conseguentemente ad essa, può affermarsi che il differimento quinquennale – operante nei soli confronti dell'amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione, indicati nello stesso comma, con riguardo a tributi o contributi, degli effetti dell'estinzione della società derivanti dall'art. 2495, secondo comma, c.c. – si applichi esclusivamente ai casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese (richiesta che costituisce il presupposto di tale differimento) sia presentata nella vigenza di detto decreto legislativo, cioè il 13 dicembre 2014 o successivamente¹.

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

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 6743 del 2 aprile 2015, ha affermato che per effetto del d.lgs. n. 175 del 21 novembre 2014, cd. decreto Semplificazioni fiscali, l'amministrazione finanziaria non ha più un anno di tempo, ma ben cinque anni per riscuotere i suoi debiti dalle aziende chiuse, purché l'istanza di cancellazione sia stata presentata nella vigenza di detto decreto legislativo, cioè il 13 dicembre 2014 o successivamente. Come noto ai più, la normativa in parola ha determinato un certo grado di insoddisfazione nella platea dei consulenti (legali e non) d'impresa, i quali spesso hanno consigliato e consigliano la (a volte frettolosa) cancellazione della società "malandata", specie se trattavasi di società di persone, non obbligatoriamente tenuta a sottoporsi alla procedura di liquidazione. Ebbene, con la pronuncia che qui ci impegna, i giudici di legittimità hanno ritenuto, tuttavia, che la novità contenuta nel decreto Semplificazioni fiscali abbia validità solo nelle ipotesi in cui la cancellazione della società sia stata fatta entro il 13 dicembre 2014, data di entrata in vigore del citato decreto legislativo. Il che, chiaramente, ha restituito serenità – almeno per le cose passate – ad una molteplicità di soggetti d'impresa. Invero, il tema della responsabilità delle società cancellate per debiti fiscali si presenta, oggi come ieri, di grande attualità ed interesse. In prima battuta, è utile considerare che la "nuova" pre-

visione dell'art. 2495 c.c. (in vigore dal 1° gennaio 2004) ha definitivamente sancito la portata estintiva della cancellazione delle società dal registro delle imprese per ogni tipologia societaria (sia di capitali, sia di persone). Conseguentemente, da tale momento non è più possibile far rivivere il soggetto giuridico ormai inesistente, salva l'ipotesi di "cancellazione della cancellazione". Si ritiene così superato il precedente orientamento, secondo il quale la cancellazione dal registro delle imprese avrebbe rivestito esclusivamente carattere di una "presunzione di estinzione", suscettibile – in quanto tale – di prova contraria. Oltre alla norma dell'art. 2495 c.c., deve chiaramente farsi riferimento, per una più compiuta analisi dell'argomento, all'art. 36 del d.P.R. n. 602/1973 il quale stabilisce, al primo comma, che «i liquidatori dei soggetti all'imposta sul reddito delle persone giuridiche che non adempiono all'obbligo di pagare, con le attività della liquidazione, le imposte dovute per il periodo della liquidazione medesima e per quelli anteriori rispondono in proprio del pagamento delle imposte se non provano di aver soddisfatto i crediti tributari anteriormente all'assegnazione di beni ai soci o associati, ovvero di avere soddisfatto crediti di ordine superiore a quelli tributari».

Tale disposizione si applica, in forza del rinvio di cui al comma secondo, anche «agli amministratori in carica all'atto dello scioglimento della società o dell'ente se non si sia provveduto alla nomina dei liquidatori». Ancora, «i soci o associati, che hanno ricevuto nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione danaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o hanno avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione, sono responsabili del pagamento delle imposte dovute dai soggetti di cui al primo comma nei limiti del valore dei beni stessi, salvo le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile», con l'ulteriore precisazione che «il valore del denaro e dei beni sociali ricevuti in assegnazione si presume proporzionalmente equivalente alla quota di capitale detenuta dal socio od associato, salva la prova contraria».

Infine, resta da precisare che le responsabilità previste dai commi precedenti sono estese agli amministratori che hanno compiuto nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione operazioni di liquidazione, ovvero hanno occultato attività sociali anche mediante omissioni nelle scritture contabili.

Dunque, nell'ambito del quadro normativo appena delineato, in tema di attività di accertamento (e non solo) nei confronti di società estinte, si inserisce la norma menzionata in apertura e, segnatamente, la nuova misura introdotta con il decreto Semplificazioni fiscali: attraverso l'art. 28 d.lgs. n. 175/2014, viene stabilito, infatti, che «ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese». Rese tali premesse, è possibile considerare il caso di specie.

Cass. civ., sez. V, 02 aprile 2015 n. 6743

Pres. Piccininni, Rel. Bielli

(Omissis)

La vicenda *de qua* ha visto contrapposti, da una parte, una società in nome collettivo e, dall'altra, l'Agenzia delle Entrate; quest'ultima aveva richiesto alla s.n.c. il pagamento di una cartella di oltre 114mila euro, comprensivi di sanzioni e interessi, per omessi e ritardati versamenti dell'IVA dichiarata nel 2001. La società contribuente aveva (chiaramente) impugnato l'atto adducendo, a sostegno delle proprie ragioni, essenzialmente quanto segue: i) essa società aveva iniziato e cessato la propria attività nel 2002; ii) aveva erroneamente presentato la dichiarazione IVA relativa al 2002 sul modello 2002, anziché su quello del 2003; iii) peraltro, aveva omesso di compilare il quadro VH e, inoltre, era caduta in errore per aver "confuso" gli importi in lire ed euro. Ancora, per quel che qui interessa, la società contesta che la cartella era stata notificata nel settembre 2005, quando la società era già estinta per cancellazione dal Registro delle Imprese, cancellazione effettuata fin dal dicembre 2002.

La CTR aveva respinto il ricorso e, avverso la sentenza sfavorevole, la s.n.c. è ricorso in Cassazione.

Ebbene, i giudici di legittimità muovono la propria analisi giusto dal comma 4 dell'art. 28 del decreto Semplificazioni fiscali, innanzi riferito, in forza del quale l'effetto estintivo della società (di persone o di capitali), qualora deriva da una cancellazione dal Registro delle Imprese disposta su richiesta, è differito per cinque anni, decorrenti dalla richiesta di cancellazione, per quanto concerne il settore tributario e contributivo: in altre parole, l'estinzione intervenuta durante tale periodo non farebbe venir meno la validità e l'efficacia sia degli atti di liquidazione, di accertamento, di riscossione relativi a tributi e contributi, sanzioni e interessi, sia degli atti processuali afferenti a giudizi concernenti detti tributi e contributi, sanzioni e interessi. Se questo è vero, è altrettanto vero che la norma in parola – *ius superveniens* – non si applica alla fattispecie di causa, perché è chiaro e pacifico che la s.n.c. ricorrente era stata cancellata dal registro delle imprese, a sua richiesta, sin dal 24 dicembre 2002, con richiesta di cancellazione avanzata, dunque, ben prima del 13 dicembre 2014.

Ancora, i giudici di legittimità si sono finanche preoccupati di svolgere talune osservazioni in merito alla natura del decreto Semplificazioni fiscali, chiarendo espressamente che esso non avrebbe alcuna valenza interpretativa. Innanzitutto, occorre considerare il tenore testuale della normativa più volte menzionata, che non assegna espressamente alla disposizione alcuna natura interpretativa, ai sensi del comma 2, dell'art. 1 dello Statuto del Contribuente; neppure può dirsi, in seconda battuta, che il decreto Semplificazioni, ovvero, in particolare, la norma che qui ci impegna, intenda privilegiare una tra le diverse interpretazioni delle precedenti disposizioni in tema di estinzione della società. In concreto, occorre prendere atto che il testo della disposizione non consente di individuare alcun indice di retroattività per la sua efficacia e, pertanto, rispetta il comma 1, dell'art. 3 dello Statuto dei diritti del contribuente.

Quanto allo Statuto, sia consentito ricordare che i principi espressi nelle disposizioni dello statuto del contribuente o desumibili da esso hanno una rilevanza del tutto particolare nell'ambito della legislazione tributaria ed una sostanziale superiorità rispetto alle altre disposizioni vigenti in materia. Questa natura rafforzata delle disposizioni statutarie sembra avvalorata non solo da pronunce che affrontano la problematica in maniera trasversale – come nel caso in esame – ma sembra anche sostenuta, con convinzione sempre maggiore, da una parte maggiormente garantista della giurisprudenza e finanche dalla medesima Sezione Tributaria della Corte di Cassazione. Più in particolare, sia sufficiente menzionare la sentenza n. 7080 del 14 aprile 2004, con la quale i giudici di legittimità hanno precisato che i principi dello statuto, poiché costituiscono esplicitazioni generali, nella materia tributaria, di norme costituzionali, debbono ritenersi "immanenti" nell'ordinamento stesso già prima dell'entrata in vigore dello statuto e, quindi, vin-

FATTO

1.- Con sentenza n. 100/27/08, depositata il 29 settembre 2008 e non notificata, la Commissione tributaria regionale del Lazio (hinc: "CTR") rigettava, "nei sensi di cui in motivazione", l'appello proposto dalla s.n.c. Romana Costruzioni 3 di B.A. T. in liquidazione nei confronti dell'Agenzia delle entrate avverso la sentenza n. 14/16/2007 della Commissione tributaria provinciale di Roma (hinc: "CTP"), con condanna dell'appellante a rimborsare le spese di lite, liquidate in complessivi Euro 1.000,00.

Il giudice di appello premetteva che: a) con cartella di pagamento emessa ai sensi del d.P.R. n. 633 del 1972, art. 54-bis l'Agenzia delle entrate aveva richiesto alla predetta s.n.c. il pagamento di Euro 114.001,26 (comprensivi di sanzioni ed interessi) per

colanti l'interprete in forza del fondamentale canone ermeneutico della "interpretazione adeguatrice" a Costituzione: cioè, del dovere dell'interprete di preferire, nel dubbio, il significato e la portata della disposizione interpretata conformi a Costituzione.

Anche in considerazione della natura rafforzata delle disposizioni statutarie, dunque, con la decisione n. 6743/2015 la Cassazione ha preferito seguire un orientamento che si discosta da quanto invece precisato dall'amministrazione finanziaria nella circolare n. 31/E/2014, dove l'Agenzia ha affermato che «trattandosi di norma procedurale, si ritiene che la stessa trova applicazione anche per attività di controllo fiscale riferite a società che hanno già chiesto la cancellazione dal registro delle imprese o già cancellate dallo stesso registro prima della data di entrata in vigore del decreto in commento». Secondo tale impostazione, quindi, la novella normativa entrata in vigore con il comma 4 dell'art. 28 del d.lgs. n. 175/2014, si applicherebbe anche agli atti oggetto di contenzioso impugnati prima del 13 dicembre 2014.

Ricapitolando, con la pronuncia in commento la Cassazione ha affermato che alla cancellazione della società consegue un fenomeno successorio in virtù del quale: - l'obbligazione della società non si estingue, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; - i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo (sul punto si vedano le seguenti decisioni: Cass., sez. un., n. 6070, n. 6071 e n. 6072/2013; ed ancora Cass. n. 1677/2012; Cass. n. 9110/2012; Cass. n. 12796/2012; Cass. n. 24955/2013).

In definitiva, quindi, le disposizioni in materia di società estinte, introdotte dal decreto legislativo n. 175/2014 non hanno efficacia retroattiva, quindi non si applicano alle società (di capitali o di persone) che abbiano fatto richiesta di cancellazione dal Registro delle imprese prima della data di entrata in vigore del suddetto decreto (13 dicembre 2014).

omessi o ritardati versamenti dell'IVA dichiarata per l'anno 2001 mediante invio telematico il 29 ottobre 2003; b) la contribuente aveva impugnato l'atto, esponendo di aver iniziato e cessato la propria attività nel 2002; di aver erroneamente presentato la dichiarazione IVA relativa al 2002 sul modello 2002 anziché su quello 2003; di avere omesso di compilare il quadro VH; di essersi confusa tra importi in lire ed in Euro; e deducendo sia la carenza di prova della pretesa tributaria, oltre che di motivazione della cartella, sia di aver effettuato i versamenti dovuti; c) la sentenza della CTP, di rigetto del ricorso, depositata il 30 marzo 2007, era stata appellata dalla contribuente, la quale aveva eccepito che: ci) era stata costituita il 15 aprile 2002, a seguito della scissione, in varie società, della s.r.l. Romana Costruzioni; c.2) la cartella era stata notificata il 9 settembre 2005, quando la società era già estinta per cancellazione dal registro delle imprese, cancellazione effettuata sin dal 24 dicembre 2002; c. 3) nel 2002 aveva pagato Euro 1.269.944,00, come da modelli F24 allegati al ricorso in appello e, quindi aveva corrisposto l'IVA dovuta (pari alla differenza tra il credito di Euro 264.041,00 di cui era titolare ed il debito dichiarato di Euro 1.533.985,00); d) l'ufficio appellato aveva eccepito: d.1) la novità e l'irrilevanza della deduzione della effettuazione della notificazione della cartella quando la società era stata già cancellata dal registro delle imprese; d.2) che il modello 2003 (relativo all'anno d'imposta 2002) era già disponibile al momento della dichiarazione; d.3) era inverosimile che la contribuente non avesse dichiarato (neppure con dichiarazione integrativa) un credito d'imposta di Euro 264.041,00; d.4) le imprecisioni e gli errori compiuti nella dichiarazione (come l'uso di un modello riguardante il 2001 e non il 2002) avevano ostacolato il controllo, ma era comunque evidente che la cartella, pur riferendosi formalmente (come la dichiarazione) al 2001, riguardava in realtà il 2002 (unico anno in cui la s.n.c. aveva operato); d.5) la parte del credito IVA spettante alla s.r.l. Romana Costruzioni e che la s.n.c. pretendeva di utilizzare a seguito della sua scissione dalla società di capitali non era stata dichiarata dalla medesima s.n.c. e non era compatibile con quanto da quest'ultima giudizialmente vantato.

Su queste premesse, la CTR, pronunciando sull'appello, rilevava che:

a) le somme iscritte a ruolo riguardavano il 2002 (unico periodo di attività della s.n.c.) e non il 2001 (come erroneamente indicato anche dalla dichiarante); b) l'eccezione di nullità della notificazione della cartella perché effettuata nei confronti di società cancellata dal registro delle imprese era nuova e comunque detta cancellazione non esimeva la società stessa dal pagamento dei debiti tributari contratti nell'esercizio della sua attività; c) il credito di imposta della s.r.l. Romana Costruzioni non era stato dichiarato dalla s.n.c. (neppure con dichiarazione integrativa) e quest'ultima non

aveva provato (neppure giudizialmente) che il credito le era stato trasferito nella misura indicata nelle sue difese.

2.- Avverso la sentenza di appello, la s.n.c. ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi e notificato il 9- 10 giugno 2009.

3.- L'Agenzia delle entrate resiste con controricorso notificato il 18 - 20 luglio 2009.

DIRITTO

1.- Occorre preliminarmente rilevare d'ufficio (la questione è stata prospettata dal Collegio nella discussione pubblica) che il ricorso è inammissibile, perché la ricorrente s.n.c. Romana Costruzioni 3 di B.A.T. ha instaurato il giudizio in primo grado quando era già estinta.

1.1.- Va ricordato in proposito che questa Corte, a partire dalle pronunce a sezioni unite n. 4060, n. 4061 e n. 4062 del 2010, ha affermato il principio secondo cui, per effetto della riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, la cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone ne comporta (con efficacia dichiarativa e facoltà della prova contraria consistente nella dimostrazione della prosecuzione dell'attività sociale) l'estinzione, con il conseguente venir meno della loro capacità e soggettività; e ciò a decorrere dalla cancellazione, se successiva al 1 gennaio 2004 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 6 del 2003), ovvero a decorrere dal 1 gennaio 2004, se anteriore. Tale principio (fatto derivare dal sistema della riforma, indipendentemente dal fatto che l'art. 2312 c.c., relativo alla cancellazione della s.n.c., a differenza dell'art. 2495 c.c., relativo alla cancellazione delle società di capitali, non è stato modificato) è stato più volte ribadito, con la specificazione che alla cancellazione segue un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale: a) l'obbligazione della società non si estingue, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, pendente societate, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo (sezioni unite, n. 6070, n. 6071 e n. 6072 del 2013; per le applicazioni da parte delle sezioni semplici, v., *ex plurimis*, Cass. n. 1677, n. 9110 e n. 12796 del 2012; n. 24955 del 2013) 1.2.- Nella specie, come accennato, è pacifico in causa (e, del resto, risulta dagli atti) che: a) la s.n.c. ricorrente era stata cancellata

dal registro delle imprese sin dal 24 dicembre 2002; b) la medesima società aveva poi impugnato davanti alla CTP una cartella di pagamento relativa all'IVA del 2002 con ricorso depositato "in data 23 maggio 2006" (come riconosciuto nel controricorso dall'Agenzia delle entrate); c) nello stesso ricorso la s.n.c. aveva dichiarato espressamente di essere ormai estinta; d) il ricorso era stato proposto dalla sola società e non anche dai suoi ex soci (suoi successori nei rapporti ancora pendenti) e non era mai stato integrato il contraddittorio nei confronti di tutti tali ex soci.

Poiché l'impugnazione davanti alla CTP risulta proposta successivamente al 1 gennaio 2004, data nella quale si era prodotto l'effetto estintivo della società di persone, il giudice di primo grado avrebbe dovuto rilevare il difetto di capacità della società e, quindi, l'improponibilità del ricorso stesso. Occorre pertanto - ai sensi dell'art. 382 c.p.c., comma 3, secondo periodo, - cassare senza rinvio l'impugnata sentenza, perché la causa non poteva essere proposta.

2.- Sulle conclusioni ora raggiunte non incide lo *ius superveniens* costituito dal d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 4, entrato in vigore il 13 dicembre 2014 ed emesso in attuazione della Legge di delegazione n. 23 del 2014, artt. 1 e 7. Occorre infatti rilevare che, a parte ogni altra considerazione, tale disposizione (secondo cui: "4. Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'art. 2495 c.c. ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese"), non si applica alla fattispecie di causa. Per giustificare tale conclusione, è necessario procedere ad un sommario esame sia del contenuto della norma, sia, in particolare, della sua efficacia temporale.

2.1- Con riguardo al contenuto della norma, va innanzi tutto osservato che possono essere agevolmente superate in via interpretativa alcune difficoltà derivanti dall'imprecisione o dall'equivocità della formulazione della disposizione. In particolare, appare un mero refuso l'uso della scorretta espressione "cancellazione del Registro delle imprese" in luogo di quella corretta, cioè "cancellazione dal Registro delle imprese". Altro refuso si rileva nel "dei", in luogo di "relativi a", che collega grammaticalmente gli "atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione" con "tributi e contributi, sanzioni e interessi".

Inoltre, per "atti di (...) contenzioso" debbono intendersi gli atti del processo, perché, nell'impreciso lessico della Legge di Delegazione n. 23 del 2014 (alla cui stregua, come è noto, deve procedersi nell'interpretazione dei decreti legislativi di attuazione), si intende per "contenzioso tributario" il "processo tributario" e la "tutela giurisdizionale" (espressioni usate promiscuamente nella rubrica e nel testo dell'art. 10 della legge di delegazione). Infine, nell'espressione "l'estin-

zione della società di cui all'art. 2495 c.c.", il "di cui" va ovviamente riferito all'estinzione (e non alla società) ed il richiamo all'art. 2495 c.c. non limita la portata della norma alle sole società di capitali. E' ben vero che detto art. 2495 (in quanto inserito nel Capo VIII del Titolo V del Libro V del codice civile) riguarda esclusivamente l'estinzione delle società di capitali e (per effetto del richiamo contenuto nell'art. 2519 c.c.) le società cooperative, mentre, in tema di società di persone, gli artt. 2293, 2312 e 2315 c.c. non menzionano espressamente tra le norme applicabili quelle riguardanti le società di capitali; tuttavia valgono sul punto le stesse considerazioni sistematiche del necessario parallelismo, in tema di estinzione, tra società di capitali e di persone; considerazioni che (come visto) hanno indotto le sezioni unite di questa Corte - a partire dalle pronunce a sezioni unite n. 4060, n. 4061 e n. 4062 del 2010 - ad affermare il principio secondo cui, per effetto della riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, la cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone ne comporta (sia pure con efficacia solo dichiarativa e facoltà della prova contraria consistente nella dimostrazione della prosecuzione dell'attività sociale) l'estinzione: e ciò indipendentemente dal fatto che l'art. 2312 c.c., relativo alla cancellazione della s.n.c. a differenza dell'art. 2495 c.c., relativo alla cancellazione delle società di capitali, non è stato modificato. Dunque, il d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 4 del si applica anche alle società di persone (anche se la relazione illustrativa al d.lgs. menziona solo l'effetto costitutivo dell'estinzione delle società di capitali).

Meno agevole è valutare se il preciso e testuale riferimento alla "richiesta di cancellazione" comporti l'inapplicabilità della norma alle cancellazioni disposte non su "richiesta", ma d'ufficio (come nel caso di iscrizione d'ufficio della cancellazione dal registro delle imprese ai sensi dell'art. 2190 c.c., di cui costituisce un esempio l'ipotesi prevista dall'art. 2490 c.c., comma 6 per le società di capitali) e se tale limitazione sia ragionevole. Non è però qui necessario affrontare il tema, perché nella specie la cancellazione dal registro delle imprese della s.n.c. avvenne su richiesta.

Si deve pertanto ritenere che, in base al menzionato art. 28, comma 4, l'effetto estintivo della società (di persone o di capitali), qualora derivi da una cancellazione dal registro delle imprese disposta su richiesta, sia differito per cinque anni, decorrenti dalla richiesta di cancellazione, con differimento limitato al settore tributario e contributivo ("ai soli fini"), nel senso che l'estinzione intervenuta durante tale periodo non fa venir meno la "validità" e l'"efficacia" sia degli atti di liquidazione, di accertamento, di riscossione relativi a tributi e contributi, sanzioni e interessi, sia degli atti processuali afferenti a giudizi concernenti detti tributi e contributi, sanzioni e interessi. Va sottolineato che il differimento degli effetti dell'estinzione non opera ne-

cessariamente per un quinquennio, ma per l'eventuale minor periodo che risulta al netto dello scarto temporale tra la richiesta di cancellazione e l'estinzione.

2.2.- Con riguardo all'ambito temporale di efficacia della norma, giova osservare che questa intende limitare (per il periodo da essa previsto) gli effetti dell'estinzione societaria previsti dal codice civile, mantenendo parzialmente per la società una capacità e soggettività (anche processuali) altrimenti inesistenti, al "solo" fine di garantire (per il medesimo periodo) l'efficacia dell'attività (sostanziale e processuale) degli enti legittimati a richiedere tributi o contributi, con sanzioni ed interessi. Nella relazione illustrativa al d.lgs. si afferma che l'obiettivo della norma è quello di "evitare che le azioni di recupero poste in essere dagli enti creditori possano essere vanificate". Il legislatore, in altri termini, vuole disciplinare l'imputazione alla società di rapporti e situazioni nella sfera di relazioni con i suddetti "enti creditori" durante il periodo quinquennale successivo alla richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese, stabilendo nei confronti (solo) di tali enti e per i suddetti rapporti la temporanea inefficacia dell'estinzione della società eventualmente verificatasi in quel periodo.

La norma, pertanto (contrariamente a quanto talora sostenuto dall'amministrazione finanziaria nelle sue circolari), opera su un piano sostanziale e non "procedurale", in quanto non si risolve in una diversa regolamentazione dei termini processuali o dei tempi e delle procedure di accertamento o di riscossione: il caso in esame, cioè, è del tutto diverso da quello di interventi normativi che, ad esempio, incidano sulla disciplina dei termini del processo tributario o prolunghino i termini di accertamento o introducano nuovi parametri di settore e che, per loro natura, possono applicarsi a fattispecie processuali o sostanziali precedenti. Appare del tutto irrilevante, poi, che il periodo sia stato individuato dal legislatore nella misura di cinque anni facendo riferimento (come si legge nella relazione illustrativa) al termine quinquennale di accertamento previsto dal d.P.R. n. 600 del 1973, art. 43, comma 2, e d.P.R. n. 633 del 1972, art. 57, comma 2: è del tutto evidente, infatti, che la fattispecie oggetto del d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 4 attiene alla capacità della società e non ai termini fissati per l'accertamento (che restano regolati da altra normativa, non toccata dal comma 4).

L'applicazione di una diversa disciplina degli effetti derivanti dall'estinzione della società, dunque, può essere retroattiva o no solo in ragione del contenuto precettivo della norma che la prevede, la cui portata va, perciò, esaminata in concreto, sotto tale specifico profilo.

In proposito, occorre muovere sia dal generale disposto del comma 1 dell'art. 11 preleggi (per cui "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"), sia, in modo più specifico, dal comma

1 dell'art. 3 dello statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212 del 2000), secondo cui "le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo", salvi i casi di interpretazione autentica. Anche il citato comma 1 dell'art. 3, al pari delle preleggi, pone una cosiddetta "metanorma" (cioè una norma riguardante le norme successive) che, pur potendo essere disattesa da successive norme di pari grado gerarchico, costituisce comunque un criterio interpretativo di fondo, operante per i casi dubbi, allorché la successiva disposizione tributaria di pari grado nulla espressamente preveda circa la sfera temporale della sua efficacia (come nel caso in esame). Nella specie, tuttavia, il legislatore delegato non avrebbe avuto neppure in astratto il potere di derogare sul punto la L. n. 212 del 2000 con il d.lgs. n. 175 del 2014, perché la Legge di delegazione n. 23 del 2014 gli ha imposto lo specifico obbligo di rispettare lo statuto dei diritti del contribuente (art. 1 della legge delega) e, quindi, anche il comma 1 dell'art. 3 dello statuto.

Posto che il d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 4 non ha alcuna valenza interpretativa (dato il suo tenore testuale, che non solo non assegna espressamente alla disposizione alcuna natura interpretativa, ai sensi del comma 2 dell'art. 1 dello statuto dei diritti del contribuente, ma neppure in via implicita intende privilegiare una tra le diverse possibili interpretazioni delle precedenti disposizioni in tema di estinzione della società), occorre prendere atto che, in concreto, il testo della disposizione non consente di individuare alcun indice di retroattività per la sua efficacia e, pertanto, rispetta il comma 1 dell'art. 3 dello statuto dei diritti del contribuente. Più in dettaglio, l'enunciato della disposizione in esame non autorizza ad attribuire effetti di sanatoria in relazione ad atti notificati a società già estinte per le quali la richiesta di cancellazione e l'estinzione siano intervenute anteriormente al 13 dicembre 2014. La stessa relazione illustrativa al d.lgs. non affronta in alcun modo la questione dell'eventuale efficacia retroattiva della norma.

Del resto, il contenuto complessivo del comma 4 dell'art. 28, facendo decorrere il periodo di sospensione degli effetti dell'estinzione dalla richiesta di cancellazione sembra presupporre che: a) alla richiesta di cancellazione segua in tempi brevi la cancellazione dal registro delle imprese; b) alla cancellazione dal registro, corrisponda l'estinzione della società. Ora, se la circostanza sub a) appare evenienza normale, quella sub b) riguarda solo il periodo successivo al 2003. Si è già rilevato, infatti, che, in base alla citata consolidata giurisprudenza di questa Corte, l'estinzione della società coincide con la cancellazione dal registro delle imprese solo se questa è successiva al 1 gennaio 2004, mentre ha effetto dal 1 gennaio 2004 se la cancellazione è avvenuta in data anteriore. Ne deriva che l'applicazione retroattiva del comma 4 dell'art. 28 potrebbe portare in alcuni casi alla totale inapplicabilità della

norma (ove la richiesta di cancellazione e la cancellazione siano intervenute fino a tutto il 1998) e, in altri casi, ad un ridotto periodo di sospensione degli effetti dell'estinzione (ove la richiesta di cancellazione e la cancellazione siano anteriori al 1 gennaio 2004), con la necessità di porre rimedio, ora per allora, alle più svariate situazioni (anche processuali) venutesi a creare nel tempo; situazioni che potrebbero essere ulteriormente complicate dal successivo automatico prodursi degli effetti dell'estinzione, una volta compiuto il quinquennio di differimento. Ad esempio, nel caso in esame, gli effetti estintivi della società si sarebbero verificati nel 2007, obbligando il giudice davanti al quale pendeva il giudizio a dichiararne l'interruzione, posto che la società aveva sempre dichiarato, sostenuto e ribadito in giudizio di essere estinta. Addurre tali inconvenienti non significa, certo, dimostrare l'irretroattività della norma; tuttavia l'interprete, di fronte alla natura sostanziale della norma, al disposto del citato comma 1 della l. n. 212 del 2000, art. 3, alle prescrizioni della legge di delegazione di rispettare detto comma 1 dell'art. 3, nonché all'assenza di elementi testuali a favore della retroattività della norma, è tenuto anche a dare peso alle difficoltà applicative che potrebbero derivare da tale retroattività.

Occorre perciò concludere che il d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 4, recante disposizioni di natura sostanziale sulla capacità della società cancellata dal registro delle imprese, non ha efficacia retroattiva e, pertanto, il differimento quinquennale (operante nei soli confronti dell'amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione, indicati nello stesso comma, con riguardo a tributi o contributi) degli effetti dell'estinzione della società derivanti dall'art. 2495 c.c., comma 2, si applica esclusivamente ai casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese (richiesta che costituisce il presupposto di tale differimento) sia presentata nella vigenza di detto decreto legislativo (cioè il 13 dicembre 2014 o successivamente).

2.3- Per quanto sopra osservato, il menzionato *ius superveniens* non si applica alla fattispecie di causa, perché – come visto – è pacifico che la s.n.c. ricorrente era stata cancellata dal registro delle imprese, a sua richiesta, sin dal 24 dicembre 2002, con richiesta di cancellazione avanzata, dunque, ben prima del 13 dicembre 2014.

Tale conclusione di inapplicabilità, *ratione temporis*, del comma 4 del d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28 alla fattispecie di causa impedisce di esaminare, in quanto irrilevanti, tutte le altre questioni che deriverebbero dall'applicazione dell'indicato *ius superveniens*, tra cui, ad esempio: a) la eventuale sussistenza di una irragionevole disparità di trattamento tra gli "enti creditori" indicati nella disposizione, aventi titolo a richiedere tributi o contributi (e, correlativamente, sanzioni ed interessi), da un lato, e tutti gli altri creditori sociali,

dall'altro, in caso di estinzione della società (tenuto altresì conto che l'art. 1 della legge di delegazione n. 23 del 2014 richiede espressamente il rispetto dell'art. 3 Cost.); b) la possibile mancata osservanza, da parte del legislatore delegato, della suddetta legge di delegazione, in quanto di tale legge il d.lgs. n. 175 del 2014 richiama a proprio fondamento gli artt. 1 (relativo al rispetto sia degli artt. 3 e 53 Cost., sia del diritto dell'Unione Europea, sia della l. n. 212 del 2000) e art. 7 (relativo all'eliminazione e revisione degli adempimenti dell'amministrazione finanziaria superflui o che diano luogo a duplicazioni, o di scarsa utilità ai fini dell'attività di controllo o di accertamento, o comunque non conformi al principio di proporzionalità; nonché revisione delle funzioni dei centri di assistenza fiscale, i quali debbono fornire adeguate garanzie di idoneità tecnico-organizzative), articoli che, da un lato, sembrano non consentire di introdurre (sia pure temporaneamente, per alcuni rapporti e nei soli confronti di determinati enti, anche diversi dall'amministrazione finanziaria) una disciplina degli effetti estintivi delle società nuova e differenziata a seconda dei creditori e, dall'altro, rendono difficile far rientrare la notificazione di un atto impositivo o di riscossione ad una società estinta tra gli "adempimenti superflui", passibili di "revisione" e di eliminazione, menzionati dalla suddetta legge di delegazione.

3.- Il rilievo d'ufficio dell'improponibilità del ricorso in primo grado, nonché il fatto che il consolidamento giurisprudenziale circa gli effetti estintivi della cancellazione della società dal registro delle imprese è avvenuto solo in epoca successiva all'instaurazione del giudizio e, infine, la novità delle questioni concernenti la retroattività del d.lgs. n. 175 del 2014, art. 28, comma 4 inducono a compensare integralmente tra le parti le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M

(Omissis)

Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile

Sentenza del 27 marzo 2015, n. 6243 - Pres. Segreto, Rel. Vincenti

Medico di base – Risarcimento del danno – Responsabilità civile ex art. 1228 c.c. – Legittimazione passiva della Asl

Il medico generico (o di base) convenzionato, nello svolgimento della propria attività professionale, adempie ad una obbligazione per conto della ASL in favore degli assistiti/utenti del S.S.N. La ASL è, dunque, civilmente responsabile ex art. 1228 c.c. per il comportamento negligente del medico di base, e ne risponde in caso di richiesta risarcitoria del paziente¹.

¹ Nota redazionale a cura di GAETANO SCUOTTO, Avvocato.

La sentenza in esame riveste particolare interesse per la portata, potenzialmente rivoluzionaria nella materia del risarcimento del danno da responsabilità professionale per colpa medica, del principio espresso dagli Ermellini.

La Suprema Corte difatti, superando un precedente orientamento, ha sancito un innovativo principio di diritto: «l'ASL è responsabile civilmente, ai sensi dell'art. 1228 c.c., del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa, ove resa nei limiti in cui la stessa è assicurata e garantita dal S.S.N. in base ai livelli stabiliti secondo la legge».

Nel caso di specie il Sig. B. e sua moglie evocavano in giudizio il medico di base e la ASL per conseguire il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali (biologici, morali esistenziali) tutti ascritti, secondo la tesi di parte attrice, alle condotte del medico di "base" il quale, chiamato dagli istanti per uno stato di forte malessere del sig. B., aveva tuttavia sottovalutato lo stato del paziente causando danni. La ASL costituitasi eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva sostenendo che, non ricorrendo un rapporto di pubblico impiego, non dovesse rispondere dell'operato del medico di base, a tutti gli effetti un libero professionista.

Il primo grado si concludeva con la pronuncia del Trib. Torino, sez. dist. Chivasso, 31 marzo 2008, n. 37 che, sulla base delle circostanze accertate e delle indicazioni del consulente tecnico d'ufficio, riconosceva la responsabilità del medico di base per avere ritardato il ricovero in ospedale per quasi 2 giorni e, quindi, per avere contribuito ad aggravare il danno del paziente. Il Tribunale riconosceva anche la responsabilità della ASL per l'operato del medico di base in base agli artt. 1218 e 1228 c.c. In sede di appello la Corte adita confermava la responsabilità del medico di base, ma assolveva la ASL. In particolare la Corte negava la responsabilità della ASL per gli errori dei medici di base giacché: la legge n. 833/1978 (istitutiva del S.S.N.) ha natura meramente organizzativa ed amministrativa, ma non fonda obblighi in capo alle ASL verso i cittadini quanto al servizio di medicina generale; l'assenza di rapporto diretto tra ASL e paziente, quando questo si rivolge al medico di base; l'assenza di rapporto organico tra ASL e medico convenzionato.

La Corte d'Appello, così statuendo, si era conformata a quanto stabilito in passato dalla Corte di cassazione penale la quale, con le uniche due sentenze in argomento, ha affermato che, in tema

di omicidio colposo, la A.S.L. di appartenenza non è responsabile per i danni cagionati al paziente da un medico convenzionato, poiché tra quest'ultimo e la A.S.L. non ricorre un rapporto di immedesimazione organica, né di ausiliarità, e la A.S.L. non assume il rischio dell'attività del sanitario, pur sempre libera sia nella predisposizione dell'organizzazione che mette a disposizione del paziente, sia nella scelta delle cure da praticare. Il medico, infatti, non essendo dipendente della A.S.L., tra quest'ultima ed il paziente – diversamente da quanto accade tra il paziente e la casa di cura – non intercorre il cosiddetto contratto di ospedalità, sicché non è configurabile alcuna responsabilità dell'ente ex art. 1228 e 2049 c.c., né è configurabile una responsabilità dell'A.S.L. ex art. 1218 e 2043 c.c., in difetto di una relazione diretta tra il paziente e l'ente, che non fornisce direttamente la prestazione sanitaria, in quanto l'unico "debitore" della prestazione è il medico (Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2008 n. 36502; Cass. pen., sez. IV, 16 aprile 2003, n. 34460). Orientamento, nella sostanza, confermato da ultimo ancora dalla Cass. pen. che, con pronuncia del 14 marzo 2012 n. 41982, pur riconoscendo che il rapporto tra ASL e medici di base si sostanzia nella prestazione di un'opera professionale che ha i connotati della collaborazione coordinata e continuativa, tuttavia ha ribadito che lo stesso non è caratterizzato dal controllo da parte dell'ASL circa il contenuto o la qualità della prestazione sicché non può essere definito di pubblico impiego per cui, la stessa ASL, non risponde quale responsabile civile dei danni, conseguenza di reato, arrecati da un medico generico convenzionato. In particolare la Suprema Corte, secondo il suesposto orientamento, ha in passato così statuito: «Il medico convenzionato è del tutto libero sia nella predisposizione dell'organizzazione che mette a disposizione del paziente sia nella scelta delle cure da praticare. L'attuale assetto normativo, nella sostanza non troppo difforme da quello già previsto dalla L. n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, non distingue sostanzialmente, con riguardo al rapporto con il paziente, la posizione del medico convenzionato da quella del medico non convenzionato, tanto che, in ambedue i casi, può ritenersi che il professionista goda dello stesso tipo di libertà nell'esecuzione delle sue prestazioni, al di fuori di ogni controllo preventivo di merito o di potere di direzione da parte della ASL di riferimento. Non può, di conseguenza, affermarsi che il medico convenzionato sia un ausiliario dell'azienda sanitaria, né che quest'ultima assuma in qualche modo il rischio (connaturato all'utilizzo di terzi) della libera attività del sanitario. Va, pertanto, escluso che possano trovare applicazione nella fattispecie in esame gli artt. 1228 e 2049 c.c., norme che pongono a carico del datore di lavoro la responsabilità per i danni arrecati dai suoi dipendenti con dolo o colpa, non potendosi sostenere che il fatto del sanitario convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale sia in qualche modo riferibile all'ASL o che, in ogni caso, venga in essere un contatto sociale fra quest'ultima ed il paziente, con conseguente insorgenza di un rapporto obbligatorio» (Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2008 n. 36502).

Con la sentenza in commento i Giudici di Piazza Cavour hanno del tutto ribaltato tale impostazione ritenendo invece che tra gli

scopi primari delle ASL rientra *ex lege* la predisposizione del servizio di medicina generale, prestato dai cd. “medici di base” (o “medici di famiglia” o, più correttamente, “medici di medicina generale”) in quanto la lettera h) del comma 3 dell’art. 14, l. 23 dicembre 1978, n. 833 stabilisce chiaramente che «nell’ambito delle proprie competenze l’unità sanitaria locale provvede in particolare:...*omissis*... h) all’assistenza medico-generica e infermieristica, domiciliare e ambulatoriale». Dalla lettura del dettato normativo discende dunque che ciascuna ASL è tenuta a “provvedere” all’assistenza medico-generica ed è *ex lege* il soggetto debitore (art. 1218 c.c.) verso i propri assistiti per tali prestazioni (obbligazione di fonte legale). Dalla configurabilità della ASL quale debitore *ex art.* 1218 c.c. discende quindi la responsabilità *ex art.* 1228 c.c. qualora scelga di avvalersi di professionisti convenzionati. In particolare secondo la Cassazione, detto coinvolgimento di terzi nella predisposizione del servizio di medicina generale, corrisponde ad una scelta della ASL, la quale, senza liberarsi dei propri obblighi verso gli assistiti, può decidere – *ex art.* 25, comma 3, l. n. 833/1978 – se avvalersi di medici dipendenti oppure di professionisti convenzionati «l’assistenza medico-generica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino»

Nello specifico la Suprema Corte è giunta a tale conclusione ricostruendo i rapporti tra ASL e medici di base e rilevando come ricorrano, sempre su basi normative, specifiche caratteristiche assimilabili in tutto e per tutto ad un rapporto di lavoro para-subordinato. La Corte è partita dall’analisi della normativa di settore ovvero dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) la quale «ha comportato un capovolgimento di prospettiva, attribuendo effettività al precetto dell’art. 32 Cost., attraverso la previsione di un sistema, ispirato al principio della partecipazione democratica all’attuazione dello stesso Servizio sanitario (art. 1, comma 3), di tutela indifferenziata (art. 1 e 3) e globale (art. 2), anche tramite l’individuazione e la fissazione, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale (art. 53), dei “livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini” (art. 3)».

Nel novero di queste “prestazioni” e, segnatamente, tra quelle “curative” vi è l’assistenza medico-generica, che l’art. 14, comma 3, lett. h) di detta l. n. 833, individua come specifico compito in capo alle Unità sanitarie locali che provvedono ad erogare tale assistenza sia in forma domiciliare, che ambulatoriale, assicurando i livelli di prestazioni stabiliti dal piano sanitario nazionale. Dunque l’utente ha diritto all’erogazione della “prestazione curativa” di assistenza medico-generica, alla quale è tenuta la USL in base a livelli definiti, è, dunque, il “cittadino”, in quanto “utente” del S.S.N. e come tale iscritto “in appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l’unità sanitaria locale nel cui territorio” lo stesso ha la residenza (art. 19, comma 3). Ed è proprio tramite detta iscrizione che l’utente esercita il diritto di libera scelta del medico, che tuttavia è limitata al personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino” (art. 25, comma 3). Sicché, la scelta del “medico di fiducia”, ove non si opti per il medico pubblico dipendente operante nella USL dovrà necessariamente cadere sul medico convenzionato operante nel comune di residenza dell’utente del S.S.N. (art. 25, comma 4), il quale medico, a sua volta, è selezionato “secondo parametri definiti nell’ambito degli accordi regionali”. La scelta del medico convenzionato per l’assistenza medico-generica avviene, dunque, nei confronti della USL, che cura la tenuta di appositi elenchi in cui sono inseriti i medici con i quali è stato previamente instaurato, con la medesima USL, lo specifico rapporto di convenzione. L’utente, dunque, attiva l’erogazione della prestazione curativa di assistenza medico-generica, che è prestazione di durata cui è tenuta la USL, con la scelta,

nei confronti della medesima, del sanitario di fiducia, individuato in un determinato contesto territoriale e (ove non pubblico dipendente, se una tale scelta sia resa esercitabile) soltanto tra i medici convenzionati con la USL competente (a loro volta oggetto di accesso selettivo). Al contempo il medico prescelto è tenuto a prestare l’assistenza medico-generica in quanto convenzionato con la USL in forza di tale rapporto di convenzionamento, ossia non può rifiutare di prestare, in favore dell’utente del S.S.N., l’assistenza medico-generica, in quanto prestazione curativa definita secondo livelli uniformi. Impianto normativo sostanzialmente confermato anche dalle successive vicende normative le quali hanno accentuato semmai – nell’ambito della compiuta definizione degli standard di assistenza sanitaria, ora quali “livelli essenziali di assistenza” (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 3, modificato dal d.lgs. n. 269 del 1999: cd. LEA) – i caratteri del sistema, in base ad una organizzazione sempre più volta a compenetrare l’azione delle “strutture operative a gestione diretta” (ossia quelle che si avvalgono del personale dipendente delle ASL) con i medici di medicina generale (art. 3-quinquies), ai quali resta sempre affidata l’“assistenza primaria, ivi compresa la continuità assistenziale”.

Altro punto focale poi, preso in considerazione dall’Ermellini, è quello relativo alla remunerazione di tali medici “convenzionati” in quanto nessun obbligo remunerativo sussiste in capo all’utente nei confronti del medico “di fiducia” ed anzi, il pagamento anche parziale da parte dell’assistito delle prestazioni previste in convenzione, il quale costituisce un illecito disciplinare realizzato dal medico, comporta il venir meno del rapporto con il Servizio sanitario nazionale (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, lett. d). Il medico convenzionato è, infatti, remunerato dalla ASL in forza del rapporto di convenzionamento (l. n. 833 del 1978, art. 48 e d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8)

Partendo da tale impianto normativo, la Suprema Corte ha inoltre ritenuto che il suddetto rapporto di convenzionamento, pur non dando luogo ad un rapporto di lavoro subordinato e, dunque, di pubblico impiego, costituisca in ogni caso un rapporto di lavoro autonomo “parasubordinato” e, dunque, di prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale (cfr. Cass. civ. sez. un., ord. 21 ottobre 2005, n. 20344; Cass. civ. sez. lav., 13 aprile 2011, n. 8457). In particolare il titolo su cui si fonda il rapporto giuridico di servizio con la P.A. del medico di base è costituito dalla stipula della convenzione con la singola Azienda sanitaria, che ha una durata triennale, in conformità agli accordi collettivi nazionali tra Governo, Regioni, A.n.c.i. e organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. Tale convenzione, pur avendo natura privatistica di rapporto di prestazione d’opera professionale svolta con carattere di parasubordinazione, comporta nel contempo l’inserimento funzionale del medico nell’organizzazione del S.S.N. con riferimento alle attività di natura pubblicistica quali l’accertamento del diritto degli assistiti alle prestazioni sanitarie, il rilascio di certificazioni sanitarie e, la compilazione delle prescrizioni farmaceutiche il cui onere, si ricordi, è posto a carico del bilancio dello Stato attraverso il Fondo sanitario nazionale.

Ciò posto, partendo da siffatte premesse, la Corte ha in definitiva stabilito che il diritto soggettivo dell’utente del S.S.N. all’assistenza medico-generica ed alla relativa prestazione curativa, nei limiti stabiliti normativamente (dapprima, dal piano sanitario nazionale e, poi, dai LEA), nasce direttamente dalla legge ed è la legge stessa ad individuare la ASL come soggetto tenuto ad erogarla, avvalendosi di personale medico alle proprie dipendenze ovvero in rapporto di convenzionamento (avente natura di rapporto di lavoro autonomo parasubordinato). Si viene, dunque, a configurare a carico della ASL una obbligazione *ex lege* di prestare l’assistenza medico-generica all’utente del S.S.N. la quale può essere adempiuta anche attraverso l’opera del medico convenzionato. In quanto obbligazione *ex art.* 1173 c.c., nella sua fase patologica, vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 1218 e 1228 c.c.,

Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2015 n. 6243

Pres. Segreto, Rel. Vincenti

(Omissis)

RITENUTO IN FATTO

1. - I coniugi B.P. e V.M. convennero in giudizio l'Azienda Regionale Usl (*Omissis*) di Chivasso e L.L., medico di base, perché fosse accertata la responsabilità di quest'ultimo (a causa del suo negligente comportamento, consistito nell'esser intervenuto con estremo ritardo – soltanto nel pomeriggio del (*Omissis*) –, allorché chiamato – la mattina del (*Omissis*) – dalla moglie del B., che presentava sintomi di ischemia cerebrale, e nel prescrivere poi cure del tutto inadeguate) e fossero condannati entrambi i convenuti al risarcimento dei danni patiti dai medesimi attori a seguito della paralisi della parte sinistra del corpo della quale era rimasto affetto il B., con necessità di assistenza e cure continue.

Si costituirono sia l'Azienda Usl (*Omissis*) di Chivasso, che il L., contestando la fondatezza della domanda.

All'esito di istruttoria (con assunzione di prove testimoniali e espletamento di c.t.u.), l'adito Tribunale di Torino, sezione distaccata di Chivasso, con sentenza non definitiva del febbraio 2007, dichiarò la responsabilità del L. (in ragione del comportamento colposo dovuto ad intempestività della visita domiciliare, al mancato rilievo delle "gravi condizioni" del paziente e all'omessa urgente sua ospedalizzazione) e rimise la causa in istruttoria per provvedere ad un supplemento di c.t.u. (al fine di verificare se una tempestiva diagnosi ed un immediato trattamento farmacologico con aspirina avessero potuto contenere gli effetti dell'attacco ischemico).

Espletato il supplemento di c.t.u. (i cui esiti furono convergenti sul fatto che il tempestivo trattamento farmacologico avrebbe avuto effetti contenitivi del danno alla salute del paziente), con sentenza definitiva del marzo 2008, lo stesso Tribunale condannò in solido L.L. e l'Azienda Regionale ASL (*Omissis*) di Chivasso al risarcimento dei danni patiti dagli attori.

2. - Avverso tale decisione proponevano impugnazione sia l'ASL TO (*Omissis*) (già ASL (*Omissis*) di Chivasso), che L.L., al quale resistevano i coniugi B. e V.

La Corte di appello di Torino, con sentenza resa pubblica in data 22 dicembre 2011: accoglieva il gravame della ASL TO (*Omissis*), rigettando la domanda risarcitoria proposta da B.P. e V.M. nei suoi confronti, con integrale compensazione delle spese di primo grado tra le stesse parti; rideterminava in complessivi

sicché, quando il "debitore" ASL, nell'erogare la prestazione curativa dell'assistenza medico-generica si avvale di personale medico dipendente o in rapporto di convenzionamento, risponde civilmente, *ex art.* 1228 c.c., per i danni causati dal comportamento negligente e/o imperito del medico di base.

Euro 70.000,00, a seguito della morte del B. il (*Omissis*), la somma dovuta dal L. a titolo di risarcimento del danno futuro; confermava nel resto la sentenza di primo grado; compensava interamente le spese di appello tra la ASL e gli appellati originari attori; condannava il L. al pagamento delle spese del grado in favore degli appellati.

2.1. - Per quanto ancora rileva in questa sede, la Corte territoriale escludeva la responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c. della ASL TO (*Omissis*) osservando, segnatamente, che:

il SSN assume nei confronti dei cittadini obblighi organizzativi, ma non assume, in base alla L. n. 833 del 1978, "un obbligo diretto avente ad oggetto il contenuto della prestazione professionale"; gli artt. 14 e 25 della citata legge n. 833 non sono di per sé fondanti "la esistenza di un contratto "a monte" fra il paziente e l'ASL", così come lo stesso art. 25 non fonda l'obbligazione della struttura ospedaliera nei confronti del paziente, la quale deriva dalla conclusione del contratto d'opera professionale con lo stesso; non può ritenersi concluso un contratto tra ASL e paziente nel momento in cui quest'ultimo chiede la prestazione al suo medico di base, non essendovi alcun contatto, o diretto rapporto, tra la prima ed il secondo (come invece sussiste tra struttura ospedaliera e paziente ivi ricoverato, che beneficia di prestazione sia alberghiera, che professionale), "in quanto le prestazioni professionali cui il paziente ha diritto si esauriscono solo in quelle che dovranno essergli fornite dal suo medico di base"; anche la teoria del "contatto sociale", pur ammettendo l'implicita accettazione del contratto tra struttura ospedaliera e paziente, presuppone quanto meno la "conoscenza che la struttura ha del fatto che il paziente vi viene ricoverato", quale elemento del tutto assente nel rapporto tra ASL e paziente a fronte della richiesta di prestazione al medico di base.

2.2. - La Corte torinese (richiamando anche Cass. pen., sez. IV, 16 aprile 2003, n. 34460) escludeva, altresì, che la responsabilità della ASL convenuta potesse fondarsi sull'art. 2049 cod. civ., in assenza della ravvisabilità, anzitutto, di un rapporto di preposizione tra Azienda sanitaria e medico convenzionato, essendo quest'ultimo "un libero professionista del tutto autonomo, scelto dal paziente in piena libertà", sul quale la stessa ASL non esercita alcun potere di vigilanza, controllo o direzione, là dove, poi, lo stesso assetto normativo "non distingue sostanzialmente, con riguardo al rapporto con il paziente, la posizione del medico convenzionato da quella del medico non convenzionato", entrambi godendo "dello stesso tipo di libertà nell'esecuzione" delle loro prestazioni.

2.3. - Era da escludere – soggiungeva la Corte di merito – anche la sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica, non essendo il medico di base dipendente della ASL, nè chiamato "a estrinsecare all'esterno la volontà dell'ente" o soggetto a direttive

nell'ambito della "sua peculiare attività professionale". L'inserimento del medico di base nell'organizzazione territoriale della ASL si esaurisce, dunque, sul piano organizzativo-amministrativo, ma non tocca "certamente il contenuto squisitamente professionale della prestazione del medico di base", che non viene sindacata dalla stessa ASL, non essendovi alcuna norma che attribuisce a quest'ultima "un potere di vigilanza e controllo sul contenuto specifico della prestazione professionale medica del medico di base".

3. - Per la cassazione di tale sentenza ricorrono congiuntamente V.M. ed B.E., la prima in proprio ed entrambi quali eredi di B.P., affidando le sorti dell'impugnazione a due articolati motivi, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso la ASL TO (*Omissis*), mentre non ha svolto attività difensiva in questa sede l'intimato L.L.

Il ricorso è stato notificato anche a Bi.Pa., ulteriore erede di B.P.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Con un primo mezzo è denunciata, in via principale e ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1228 c.c. e/o della l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 1, art. 14, comma 3, lett. h), e art. 25, comma 3, e dell'art. 32 Cost..

Con un secondo mezzo è prospettata, in via subordinata e sempre ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2049 c.c. e/o della l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 1, art. 14, comma 3, lett. h), e art. 25, comma 3, e dell'art. 32 Cost.

La Corte territoriale, nell'escludere la responsabilità civile della ASL TO (*Omissis*) (già ASL (*Omissis*) di Chivasso) per i danni patiti dai coniugi B. e V. a seguito dell'illecito accertato nei confronti del medico di base L.L., avrebbe errato nell'applicazione delle norme anzidette e ciò alla luce delle ragioni, diffusamente argomentate, che gli stessi ricorrenti compendiano nel "quesito di diritto" (non già necessario ai sensi dell'art. 366-bis c.p.c., quale disposizione inapplicabile *ratione temporis* alla presente impugnazione) che segue, il quale individua nella sua effettiva portata la questione sottoposta all'esame di questa Corte: "Con riferimento al caso in cui sia stata accertata la responsabilità civile del cd. "medico di base" per i pregiudizi da questo arrecati ad un paziente iscritto al SSN, dica l'Ecc.ma Corte di Cassazione adita se del risarcimento dei danni debba rispondere anche la ASL, con la quale detto professionista è convenzionato, ai sensi dell'art. 1228 c.c. e/o dell'art. 2049 c.c., regimi di responsabilità che prescindono dalla sussistenza di una culpa in vigilando del debitore principale (art. 1228 c.c.) o del padrone/committente (art. 2049 c.c.), disposizioni entrambe da interpretarsi alla luce di quanto espressamente stabilito sia dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 14, comma 3, lett. h) ("nell'ambito delle proprie compe-

tenze l'unità sanitaria locale provvede in particolare:... h) all'assistenza medico-generica e infermieristica, domiciliare e ambulatoriale"), norma dalla quale si evince che sono le aziende sanitarie locali che, in quanto tenute in concreto a "provvedere" all'assistenza medico-generica, sono soggetti sia debitori (art. 1228 c.c.) e sia committenti (art. 2049 c.c.) delle prestazioni in questione, e sia della l. n. 833 del 1978, art. 25, comma 3 ("l'assistenza medico generica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino"), norma dalla quale si ricava che la ASL (il soggetto istituzionalmente debitore delle prestazioni di medicina generale nei confronti degli iscritti al SSN) può alternativamente decidere, a propria discrezionalità e con suo rischio di impresa, per l'attuazione dell'assistenza medico generica e pediatrica, cui è obbligata *ex lege*, di avvalersi di propri dipendenti oppure di medici convenzionati, rimanendo in entrambe le ipotesi il debitore e committente delle prestazioni di medicina generale".

2. - Il primo motivo, prospettato in via principale, è fondato nei termini di seguito esposti.

3. - La legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833), innestata in un contesto ordinamentale che, da sempre, aveva registrato interventi settoriali e privi di organicità in materia di tutela della salute, ha comportato un capovolgimento di prospettiva, attribuendo effettività al precepto dell'art. 32 Cost., attraverso la previsione di un sistema, ispirato al principio della partecipazione democratica all'attuazione dello stesso Servizio sanitario (art. 1, comma terzo), di tutela indifferenziata (artt. 1 e 3) e globale (art. 2), anche tramite l'individuazione e la fissazione, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale (art. 53), dei "livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini" (art. 3).

Nel novero di queste "prestazioni" e, segnatamente, tra quelle "curative" (secondo l'espressa definizione normativa, di cui al combinato disposto degli artt. 19 e 25) la medesima L. n. 833 include l'"assistenza medico-generica", che l'art. 14, comma 3, lett. h), individua come specifico compito in capo alle Unità sanitarie locali.

Pertanto, in forza delle citate disposizioni, le USL "provvedono ad erogare" l'assistenza medico-generica sia in forma domiciliare, che ambulatoriale, assicurando i livelli di prestazioni stabiliti dal piano sanitario nazionale.

Avente diritto all'erogazione della "prestazione curativa" di assistenza medico-generica, alla quale è tenuta la USL in base a livelli definiti, è, dunque, il "cittadino", in quanto "utente" del S.S.N. e come tale iscritto "in appositi elenchi periodicamente aggiornati presso l'unità sanitaria locale nel cui territorio" lo stesso ha la residenza (art. 19, comma 3). Ed è proprio tramite

detta iscrizione che l'utente esercita il diritto di libera scelta del medico, che è assicurato "nei limiti oggettivi dell'organizzazione sanitaria", così godendo dell'assistenza medico-generica, la quale, per l'appunto, "è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino" (art. 25, comma 3).

Dunque, la medesima prestazione curativa è erogata in favore dell'utente o tramite personale dipendente del servizio pubblico, oppure attraverso personale convenzionato con il medesimo servizio (l. n. 833 del 1978, art. 48 e, successivamente, d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, le quali disposizioni demandano la disciplina del rapporto convenzionato ad appositi accordi collettivi nazionali).

Sicché, la scelta del "medico di fiducia", ove non si opti per il medico pubblico dipendente operante nella USL (giacché la legge postula anche una tale alternativa, sempre frutto di opzione fiduciaria, là dove questa sia resa concretamente esercitabile in forza di apposito modulo organizzativo in seno alla medesima USL), dovrà necessariamente cadere sul medico convenzionato operante nel comune di residenza dell'utente del S.S.N. (art. 25, comma 4), il quale medico, a sua volta, è selezionato "secondo parametri definiti nell'ambito degli accordi regionali", in modo tale che l'accesso "alle funzioni di medico di medicina generale del Servizio sanitario nazionale... sia consentito prioritariamente ai medici forniti dell'attestato di cui al d.lgs. 8 agosto 1991, n. 256, art. 2" (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, lett. g).

La scelta del medico convenzionato per l'assistenza medico-generica avviene, dunque, nei confronti della USL, che cura la tenuta di appositi elenchi in cui sono inseriti i medici con i quali è stato previamente instaurato, con la medesima USL, lo specifico rapporto di convenzionamento (cfr., sin d'ora, il d.P.R. 22 luglio 1996, n. 484, artt. 19 e 26, che ha recepito l'accordo collettivo per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992, e la cui natura di fonte normativa secondaria consente a questa Corte di conoscerlo direttamente: cfr., tra le tante, Cass., 16 aprile 2013, n. 9171).

In siffatto circoscritto ambito la scelta del medico è, per l'appunto, di carattere fiduciario e tale rapporto – come prevede l'art. 25, comma 5 – "può cessare in ogni momento, a richiesta dell'assistito o del medico"; in quest'ultimo caso, tuttavia, "la richiesta deve essere motivata".

Tale scelta è, dunque, un atto dell'utente del S.S.N. destinato a produrre i suoi effetti nei confronti dello stesso Servizio e, per esso, della USL nel cui territorio opera il medico (pubblico dipendente o) in regime di convenzionamento con la stessa USL (art. 48) e, dunque, non direttamente nei confronti del medico prescelto;

la rinuncia al medico è, del pari, atto dell'assistito/utente del S.S.N. che produce i suoi effetti nei confronti della USL e, analogamente, opera la ricasazione dell'utente da parte del medico prescelto, la quale, peraltro, deve essere sorretta da giustificazione e, dunque, rimane sindacabile dalla stessa USL (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, comma 1, lett. a e b; d.P.R. n. 484 del 1996, art. 27).

L'utente, dunque, attiva l'erogazione della prestazione curativa di assistenza medico-generica (che è prestazione di durata), cui è tenuta la USL (per il S.S.N.: l. n. 833 del 1978, art. 10), con la scelta, nei confronti della medesima USL, del sanitario di fiducia, individuato in un determinato contesto territoriale e (ove non pubblico dipendente, se una tale scelta sia resa esercitabile) soltanto tra i medici convenzionati con la USL competente (a loro volta oggetto di accesso selettivo); il medico prescelto è tenuto a prestare l'assistenza medico-generica in quanto convenzionato con la USL e in forza di tale rapporto di convenzionamento. Salvo l'ipotesi della cessazione del rapporto fiduciario nei modi e nei limiti consentiti (dalla stessa USL), il medico convenzionato "è tenuto alla prestazione" (espressione che utilizza anche l'art. 48, comma 3, n. 11, allorché consente l'ipotesi di sostituzione temporanea del medico di "fiducia"), ossia non può rifiutare di prestare, in favore dell'utente del S.S.N., l'assistenza medico-generica, in quanto prestazione curativa definita secondo livelli uniformi.

E in armonia con tale sistema, che impegna la USL alla erogazione della prestazione curativa di assistenza medico generica, l'utente e il prescelto medico convenzionato (in quanto tale) concentrano, quindi, il loro rapporto sul piano dello svolgimento in concreto della "prestazione curativa", che sia riconducibile nell'alveo dell'assistenza medico generica.

3.1. - L'impianto appena descritto non ha subito sostanziali mutamenti a seguito delle riforme intervenute con il d.l. n. 384 del 1992 (convertito dalla l. n. 438 del 1992) e con il d.lgs. n. 502 del 1992 (ulteriormente modificato dal d.lgs. n. 517 del 1993).

L'assistenza medico-generica (o di base) è rimasta tra le prioritarie competenze delle USL (divenute ASL, ovvero aziende dotate "di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica": art. 3 d.lgs. n. 502), alle quali spetta di provvedere "ad assicurare i livelli di assistenza di cui all'art. 1 nel proprio ambito territoriale" (la cui diversa conformazione in "distretto", già prevista dal citato art. 3, troverà compiuta definizione con la successiva riforma del 1999), ossia "i livelli di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità sul territorio nazionale", che, includono per l'appunto, detta assistenza medica di base.

In base al piano nazionale approvato per il triennio 1994-1996 (d.P.R. 1 marzo 1994), l'assistenza "sanitaria di base" è, infatti, inclusa tra i livelli uniformi di

assistenza che devono essere assicurati e garantiti agli utenti del S.S.N., ricomprendendo, tra i valti “livelli analitici” nei quali essa si articola, il “livello di Medicina generale”, che è “costituito dal complesso delle seguenti attività e prestazioni: – visita medica generica e pediatrica, ambulatoriale e domiciliare, anche con carattere di urgenza, con rilascio, quando richiesto, di certificazioni mediche obbligatorie ai sensi della vigente legislazione; – eventuali prescrizioni di farmaci, di prestazioni di assistenza integrativa, di diagnostica strumentale e di laboratorio e di altre prestazioni specialistiche in regime ambulatoriale, proposta di invio a cure termali; – richiesta di visite specialistiche, anche per eventuale consulto, ai fini del rispetto della continuità terapeutica; – proposta di ricovero in strutture di degenza, anche a ciclo diurno; – partecipazione alla definizione e gestione del piano di trattamento individuale domiciliare in pazienti non deambulanti ed anziani”.

Tale è, dunque, nei termini generali – che, tuttavia, ne segnano l’ambito di erogazione – la “prestazione curativa” di assistenza medico-generica alla quale ha diritto l’utente nei confronti della ASL (già USL) ed alla quale, per essa (art. 25 citato), è obbligato il medico “di fiducia” convenzionato, in forza soltanto del rapporto di convenzionamento che lo lega alla ASL, il quale è stipulato (artt. 48 e 8 citati) in base alla disciplina contenuta in accordi collettivi nazionali.

Prestazione, questa, per la quale nessun obbligo remunerativo sussiste in capo all’utente nei confronti del medico “di fiducia”; ed anzi il “pagamento anche parziale da parte dell’assistito delle prestazioni previste in convenzione comporta il venir meno del rapporto con il Servizio sanitario nazionale” (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, lett. d). In altri termini, ciò costituisce illecito disciplinare tipico (d.P.R. n. 484 del 1996, art. 6, comma 2, e art. 13) che determina, per il medico, la sanzione della cessazione del rapporto di convenzionamento.

Il medico convenzionato è, infatti, remunerato dalla ASL in forza del rapporto di convenzionamento (l. n. 833 del 1978, art. 48 e d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8), il quale – come affermato dalla costante giurisprudenza di questa Corte (che ha esaminato la tematica eminentemente sotto il profilo della natura del rapporto lavorativo da esso instaurato) – da luogo non già ad un rapporto di lavoro subordinato (e, dunque, di pubblico impiego), bensì ad un rapporto di lavoro autonomo “parasubordinato” (e, dunque, di “prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale”, ai sensi dell’art. 409 c.p.c., comma 1, n. 3), trattandosi, dunque, di un rapporto professionale che si svolge, di norma, su un piano di parità, sebbene sia comunque costituito “in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, dirette a tutelare la salute pubblica” (così, tra le tante, Cass., 13 aprile 2011, n. 8457).

Invero, l’assistenza medico-generica, in quanto “prestazione curativa” che è assicurata e garantita, secondo i livelli definiti dal piano sanitario nazionale, dal S.S.N., e per esso dalla ASL, rinvia, al pari delle ulteriori prestazioni rese dallo stesso S.S.N. (e degli oneri correlati per lo svolgimento complessivo del Servizio stesso), le risorse finanziarie necessarie dal “fondo sanitario nazionale” di cui alla l. n. 833 del 1978, art. 51. Si tratta di finanziamento pubblico al quale concorrono i cittadini con un contributo (art. 63 della medesima legge 833 e successivi interventi legislativi che ne hanno precisato l’ammontare e le modalità di determinazione, accertamento e riscossione, tra i quali la l. n. 438 del 1981, art. 16, la l. n. 41 del 1986, art. 31, la l. n. 413 del 1991, art. 14, la l. n. 421 del 1992, art. 1: già cd.

“tassa sulla salute”), che la giurisprudenza di questa Corte ritiene fermamente essere di natura tributaria, quale imposta (e non già tassa per la fruizione di un servizio) con destinazione del relativo gettito alla copertura di spese pubbliche, nonché riconducibile, quale sovrainposta IRPEF, alle imposte sui redditi, ai sensi del d.lgs. n. 546 del 1992, art. 2 (Cass., sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2871).

Il rapporto di convenzionamento, pertanto, si distingue nettamente da quello della “libera professione” che il medico di medicina generale può svolgere in favore di chiunque, ma al di fuori della prestazione curativa di assistenza medico generica, senza, peraltro, recare “pregiudizio al corretto e puntuale svolgimento degli obblighi del medico, nello studio medico e al domicilio del paziente”, che detto rapporto di convenzionamento impone (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 8, comma 1, lett. c).

3.2. - Tale il quadro normativo rilevante *ratione temporis*, in riferimento all’epoca (dicembre 1997) in cui si è verificato il fatto illecito ascritto al medico di medicina generale L.L. (riconducibile – come, del resto, in nessun caso è contestato – nell’ambito della prestazione di assistenza medico-generica in favore di B.P., del quale il medesimo L. era “medico di fiducia”), la cui responsabilità civile è ormai oggetto di statuizione passata in cosa giudicata, non essendo stata impugnata in parte qua la sentenza della Corte di appello di Torino, la quale ha riformato la decisione di primo grado di condanna dello stesso L. al risarcimento danni soltanto in punto di determinazione del *quantum debeatur*.

3.3. - Invero, anche le successive vicende normative confermano il medesimo assetto ordinamentale, accentuando semmai – nell’ambito della compiuta definizione degli standard di assistenza sanitaria, ora quali “livelli essenziali di assistenza” (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 3, modificato dal d.lgs. n. 269 del 1999: c.d. LEA) – i caratteri del sistema, in base ad una organizzazione sempre più volta a compenetrare l’azione delle “strutture operative a gestione diretta” (ossia quelle che si

avvalgono del personale dipendente delle ASL) con i medici di medicina generale (art. 3-*quinquies*), ai quali resta sempre affidata l'assistenza primaria, ivi compresa la continuità assistenziale", la quale è realizzata attraverso "il necessario coordinamento e l'approccio multidisciplinare, in ambulatorio e a domicilio, tra medici di medicina generale, pediatri di libera scelta, servizi di guardia medica notturna e festiva e i presidi specialistici ambulatoriali" (art. 3 citato).

Ed ancor più stringenti sono diventati i principi che devono essere considerati dagli accordi collettivi di cui all'art. 8 citato (come modificato dal citato d.lgs. n. 229 e da successivi interventi legislativi), ai quali devono conformarsi le convenzioni con i medici di medicina generale. Principi che, tra l'altro, riguardano (comma 1): la necessità che le prestazioni da assicurare siano ricondotte ai LEA (lett. Oa) e che siano erogate in base a standard (lett. b- septies); l'organizzazione sull'arco dell'intera giornata dell'attività assistenziale, con offerta integrata tra medici di medicina generale, guardia medica e medicina dei servizi e degli specialisti ambulatoriali (lett. b-bis) ed individuazione di obiettivi e programmi da parte delle ASL (lett. b-sexies); la previsione dell'accesso "al ruolo unico per le funzioni di medico di medicina generale del Servizio sanitario nazionale", in base ad "una graduatoria unica per titoli" (lett. f); la previsione della "adesione obbligatoria dei medici all'assetto organizzativo e al sistema informativo definiti da ciascuna regione, al Sistema informativo nazionale, compresi gli aspetti relativi al sistema della tessera sanitaria" (lett. m-ter).

Ciò in un contesto in cui viene ad affermarsi, dopo la riforma costituzionale del 2001, incidente sul Titolo 5 della Parte seconda della Costituzione, il concorso di competenze statali e regionali nella materia della tutela della salute, spettando allo Stato, in particolare, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 Cost., comma 2, lett. m).

3.4. - In definitiva, l'impianto normativo sopra ricordato consente di affermare che l'assistenza medico generica è prestazione curativa che l'utente del S.S.N. ha diritto di ricevere secondo il livello stabilito dal piano sanitario nazionale (e, in epoca successiva, in base ai LEA) e, in questi termini, la ASL ha l'obbligo di erogare.

Tale è, del resto, la prospettiva verso cui, proprio in riferimento alle prestazioni assicurate dalla L. n. 833 del 1978, si è decisamente orientata la giurisprudenza costituzionale, assumendo che "ogni persona che si trovi nelle condizioni obiettive stabilite dalla legislazione sull'erogazione dei servizi sanitari ha "pieno e incondizionato diritto" a fruire delle prestazioni sanitarie erogabili, a norma di legge, come servizio pubblico a favore dei cittadini" (C. cost., sent. n. 455 del 1990 e, in precedenza, sent. n. 175 del 1982).

Dunque, occorre ribadire che il rapporto dell'utente con il S.S.N., nell'ambito del quale trova effettività il diritto alla salute (art. 32 Cost.) in quanto diritto costituzionale "a prestazioni positive", basato su norme costituzionali di carattere programmatico (C. cost., sent. n. 218 del 1994), viene a connotarsi dei tratti del diritto soggettivo pieno ed incondizionato, ma nei limiti e secondo le modalità prescelte dal legislatore nell'attuazione della relativa tutela, ben potendo detti limiti e modalità essere conformati dai condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nella distribuzione delle risorse finanziarie disponibili (tra le altre, C. cost., sentenze n. 309 del 1999, n. 432 del 2005 e n. 251 del 2008).

3.5. - Il diritto soggettivo dell'utente del S.S.N. all'assistenza medico-generica ed alla relativa prestazione curativa, nei limiti stabiliti normativamente (dapprima, dal piano sanitario nazionale e, poi, dai LEA), nasce, dunque, direttamente dalla legge ed è la legge stessa ad individuare la ASL come soggetto tenuto ad erogarla, avvalendosi di "personale" medico alle proprie dipendenze ovvero in rapporto di convenzionamento (avente natura di rapporto di lavoro autonomo "parasubordinato").

Il medico convenzionato, scelto dall'utente iscritto al S.S.N. nei confronti della ASL, in un novero di medici già selezionati nell'accesso al rapporto di convenzionamento e in un ambito territoriale delimitato, è obbligato (e non può rifiutarsi, salvo casi peculiari sorretti da giustificazione e, dunque, sindacabili dalla stessa ASL) a prestare l'assistenza medico-generica, e dunque la prestazione curativa, soltanto in forza ed in base al rapporto di convenzionamento (e non già in base ad un titolo legale o negoziale che costituisca un rapporto giuridico diretto con l'utente), il quale rappresenta altresì la fonte che legittima la sua remunerazione da parte, esclusivamente, della ASL (essendo vietato qualsiasi compenso da parte dell'utente).

Le prestazioni di assistenza medico-generica, che sono parte dei livelli uniformi (e, poi, dei LEA) da garantirsi agli utenti del S.S.N., sono, infatti, finanziate dalla fiscalità generale, alla quale concorrono tutti i cittadini con il versamento di una imposta.

3.6. - Si viene, dunque, a configurare a carico della ASL una obbligazione di prestare l'assistenza medico generica all'utente del S.S.N., che viene adempiuta attraverso (secondo l'ipotesi che specificamente qui interessa) l'opera del medico convenzionato.

Sebbene non derivante da "contratto" (nè, ovviamente, da fatto illecito), la sua fonte è comunque da ricomprendersi tra quelle contemplate dall'art. 1173 c.c. (ossia, in "atto e fatto idoneo a produrle") e la relativa disciplina è quella, se non altrimenti specificamente derogata, di cui al titolo 1 ("Delle obbligazioni in generale") del libro quarto del codice civile e cioè dettata dagli artt. 1173 e ss. c.c. Si tratta, dunque, di obbligazione *quoad effectum* contrattuale, per cui, se-

gnatamente nella sua fase patologica, vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 1218 c.c. e ss..

In altri termini, posto che l'assistenza medico-generica si configura – nei limiti in cui la legge ne assicura l'erogazione – come diritto soggettivo pieno ed incondizionato dell'utente del S.S.N., questi è “creditore” nei confronti della ASL, che, in quanto soggetto pubblico *ex lege* tenuto ad erogare detta prestazione curativa (per conto del S.S.N.), assume la veste di “debitore”.

Il “debitore” ASL, nell'erogare la prestazione curativa dell'assistenza medico-generica, si avvale, poi, di “personale” medico dipendente o in rapporto di convenzionamento.

In particolare, il rapporto di convenzionamento, come detto, assume natura di rapporto di lavoro autonomo, ma con i caratteri della “parasubordinazione”, ossia – come affermato costantemente da questa Corte (tra le tante, Cass., 19 aprile 2002, n. 5698) – in presenza della continuità della prestazione, della sua personalità e, in particolare, della coordinazione, “intesa come connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale o, più in generale, nelle finalità perseguite dal committente e caratterizzata dall'ingerenza di quest'ultimo nell'attività del prestatore”. E tali caratteri sono stati da sempre riconosciuti dalla giurisprudenza di questa Corte (come in precedenza evidenziato) nel rapporto di convenzionamento tra medici generici e ASL, operando i primi per il soddisfare gli scopi istituzionali della seconda.

Proprio in tale ottica risulta, del resto, significativo il riferimento, che si coglie segnatamente nel citato d.P.R. n. 484 del 1996, alla figura del medico di medicina generale come “parte integrante ed essenziale dell'organizzazione sanitaria complessiva”, operando “a livello distrettuale per l'erogazione delle prestazioni demandategli dal Piano sanitario nazionale”.

Dunque, il medico generico convenzionato è ausiliario della ASL quanto all'adempimento (e, in tal senso, proprio limitatamente all'adempimento dell'obbligazione, senza incidere quindi sulla soggettività del relativo rapporto, il medico convenzionato può caratterizzarsi anche come sostituto della ASL), da parte di quest'ultima, dell'obbligazione *ex lege* di prestare assistenza medico-generica all'utente iscritto negli elenchi del S.S.N.

Il medico convenzionato non è, infatti, parte di detto rapporto giuridico obbligatorio, di durata, ma interviene nella fase del suo svolgimento, per rendere la prestazione curativa che la USL è tenuta per legge ad erogare secondo livelli prestabiliti normativamente. E l'adempimento dovrà avvenire nell'ambito di tale predeterminata prestazione, come tale soggetto al controllo della stessa ASL (cfr. d.P.R. n. 484 del 1996, art. 12, sulla responsabilità del medico generico per infrazioni alle norme sulle prescrizioni e proposte sa-

nitarie; così come, peraltro, il controllo del debitore ASL si esercita sull'idoneità dei locali e delle attrezzature utilizzati dal medico convenzionato per rendere la prestazione curativa dovuta, nonché sul rispetto dell'orario, predeterminato, ad essa dedicato: art. 22 del medesimo d.P.R.), rimanendo la prestazione medesima, ovviamente, libera nei contenuti tecnici-professionali suoi propri (come, del resto, lo è in tutti i casi in cui essa viene prestata, sia in regime di subordinazione, che libero professionale), in quanto espressione di opera intellettuale a carattere scientifico, oggetto di protezione legale (art. 2229 c.c.).

3.7. - Di qui, pertanto, in ipotesi di illecito commesso dal medico convenzionato nell'adempimento della prestazione curativa di assistenza medico-generica, l'operatività dell'art. 1228 c.c. nei confronti della stessa ASL, quale norma che questa Corte, del resto, ha già ritenuto pienamente applicabile in riferimento alla posizione della struttura sanitaria pubblica (e, quindi, in relazione alla pubblica amministrazione) per l'attività sanitaria svolta dal personale medico dipendente, là dove la natura del rapporto che lega l'ausiliario al debitore non assume però rilievo ai fini dell'applicazione della stessa anzidetta disposizione.

Infatti, perché possa operare l'art. 1228 c.c. non è affatto dirimente la natura del rapporto che lega il debitore all'ausiliario, ma trova fondamentale importanza la circostanza che il debitore in ogni caso si avvalga dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo tale opera a disposizione del creditore, sicché la stessa risulti così inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio (Cass., 26 maggio 2011, n. 11590). La responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova allora radice non già in una colpa *in eligendo* degli ausiliari o in vigilando circa il loro operato, bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione: “sul principio *cuius commoda, cuius et incommoda*, o, più precisamente, dell'appropriazione o “avvalimento” dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino” (così Cass., 6 giugno 2014, n. 12833).

3.8. - Nella fattispecie (diversamente, quindi, da altre ipotesi in cui il servizio pubblico venga devoluto a privati, come accade per le concessioni di pubblico servizio, là dove il rapporto che si instaura – al di là della fonte che lo possa regolare – è direttamente con il concessionario, il quale è debitore dell'utente del servizio e, pertanto, non ausiliario della p.a. concedente, potendo quest'ultima semmai rispondere dell'operato del concessionario solo per omessa vigilanza od omesso controllo), l'obbligo di erogare la prestazione curativa dell'assistenza medico-generica sussiste esclusivamente in capo alla USL ed essa è resa avvalendosi

del medico con essa ASL convenzionato, che assume rilievo in guisa di elemento modale dell'adempimento di detta prestazione di durata, senza che tale fenomeno possa essere intaccato dalla "scelta" dell'utente, la quale, oltre ad essere effettuata a monte nei confronti del debitore ASL (senza giuridico coinvolgimento del medico prescelto), è ristretta "nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi sanitari" e, dunque, esercitabile nell'ambito del "personale" del S.S.N. che la stessa ASL ha previamente selezionato, mediante l'accesso al convenzionamento.

È, dunque, una scelta che si realizza all'interno dell'organizzazione del servizio sanitario predisposto dalla ASL, del quale il medico convenzionato è parte integrante, e, quindi, come tale, cade sempre su un "ausiliario" della stessa ASL. In tale ottica rileva, pertanto, la stessa giurisprudenza di questa Corte che ha affermato l'irrelevanza, ai fini del riconoscimento della responsabilità *ex art.* 1228 c.c. della struttura sanitaria, della scelta del medico da parte del paziente (o del suo consenso su quella operata dalla stessa struttura), là dove il medico prescelto sia inserito nella struttura anzidetta (cfr., tra le altre, Cass., 14 luglio 2004, n. 13066; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826).

Del resto, che il fattore della "scelta fiduciaria" non assuma rilievo dirimente negativo in funzione della configurazione del medico convenzionato come "ausiliario" è circostanza che trova conforto anche nel fatto – già in precedenza messo in risalto – che è la stessa legge a consentire che detta scelta possa investire, in via alternativa, pure il medico dipendente della ASL, così da rendere fungibili i possibili moduli organizzativi volti ad assicurare, da parte della ASL, la prestazione di assistenza medico-generica, nei limiti (livelli e standard) in cui questa è normativamente erogabile.

E ciò fornisce anche la dimensione di quanto l'aspetto attinente ai contenuti tecnico-professionali della prestazione non incida sulla complessiva ricostruzione giuridica che precede, posto che non è dato dubitare che anche il medico in regime lavorativo dipendente con la ASL – e, quindi, in rapporto di sicura "ausiliarità" con la medesima Azienda – debba godere, ove fosse scelto come "medico di fiducia", di piena autonomia quanto al concreto dispiegarsi della prestazione curativa in favore del paziente, utente del S.S.N..

Dunque, non può che ribadirsi che il medico generico (o di base) convenzionato, nello svolgimento della propria attività professionale, adempie una obbligazione della ASL nei confronti degli assistiti/utenti del S.S.N. e la adempie per conto e nell'interesse di quella.

3.9. - Quanto, poi, alla natura della responsabilità del medico convenzionato nei confronti dell'utente (profilo che, nella specie, non costituisce oggetto specifico di scrutinio, essendovi già il giudicato sulla responsabilità civile del L.), con il quale non sussiste alcun vincolo negoziale od obbligatorio *ex lege* pree-

sistente all'espletamento in concreto della prestazione curativa, è sufficiente osservare che essa è da ricondursi al "contatto sociale", tenuto conto dell'affidamento che egli crea per essere stato prescelto per rendere l'assistenza sanitaria dovuta e sulla base di una professione protetta. La sua prestazione (e per l'effetto il contenuto della sua responsabilità) per quanto non derivante da contratto, ma da altra fonte (art. 1173 c.c.), ha un contenuto contrattuale (in tal senso la consolidata giurisprudenza di questa Corte a partire dalla sentenza n. 589 del 22 gennaio del 1999).

3.10. - Le complessive considerazioni che precedono consentono, quindi, di superare le obiezioni mosse dalla parte controricorrente, sulla scorta, segnatamente, della giurisprudenza delle sezioni penali di questa Corte (incentrata sull'assenza di controllo e vigilanza della ASL sul medico convenzionato, anche in relazione ai contenuti della prestazione prettamente professionale; sulla mancanza di immedesimazione organica del medico nella ASL; sulla mancanza di ogni rapporto, o "contatto", tra ASL e cittadino paziente e sul riconoscimento che "unico debitore del "servizio sanitario" deve essere considerato il medico": tra le altre, Cass. pen. n. 34460/2013, Cass. pen. n. 36502 del 2008, Cass. pen. n. 41982 del 2012), alla quale aveva fatto riferimento anche la Corte di appello di Torino nella impugnata sentenza, erroneamente escludendo la responsabilità civile della ASL TO (OMISSIS).

3.11. - Deve, pertanto, essere enunciato il seguente principio di diritto:

"L'ASL è responsabile civilmente, ai sensi dell'art. 1228 c.c., del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa, ove resa nei limiti in cui la stessa è assicurata e garantita dal S.S.N. in base ai livelli stabiliti secondo la legge".

4. - Va, dunque, accolto il primo motivo di ricorso, con assorbimento del secondo mezzo (proposto solo in via subordinata alla reiezione del primo).

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

Come detto, vi è, difatti, giudicato sulla responsabilità civile del medico convenzionato L.L. per un fatto illecito concernente la prestazione curativa di assistenza medico-generica resa in favore di B.P., con condanna del medesimo L. al risarcimento dei danni, liquidati nei gradi di merito.

La ASL TO (*Omissis*) (già ASL (*Omissis*) di Chivasso) deve, pertanto, essere condannata, in solido con il L., al pagamento, in favore di V.M., in proprio e quale erede di B.P., e di B.E., quale erede di B.P., della stessa somma risarcitoria già liquidata (in base alla sentenza di primo grado, come parzialmente riformata dalla sentenza impugnata in questa sede) e posta a carico del medesimo L.

5. - Quanto alla regolamentazione delle spese processuali, la ASL TO (*Omissis*) va condannata al pagamento di quelle relative ai gradi di merito, nella stessa misura liquidata a carico del L. in primo e secondo grado.

Le spese del presente giudizio di legittimità vanno interamente compensate tra i ricorrenti e la ASL TO (*Omissis*), in ragione della novità e rilevanza della *questio iuris* su cui si è incentrata l'impugnazione. Devono, altresì, essere interamente compensate le anzidette spese tra gli stessi ricorrenti e gli intimati L. L. e Bi.Pa., in quanto l'impugnazione è stata, in questa sede, rivolta unicamente nei confronti della ASL.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Tribunale di Firenze, Seconda Sezione Civile

Sentenza ex art. 281-sexies 25 marzo 2015 n. 1011 - Giud. M. Donnarumma

Vittima di un illecito – Decesso a seguito dell'evento – Diritto al risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale in capo alla fidanzata non convivente – Sussistenza

È ammesso il diritto al risarcimento del danno anche in capo alla fidanzata non convivente della vittima in quanto, così come ribadito più volte dalla Suprema Corte, per "convivenza" non deve intendersi la sola situazione di coabitazione tra prossimo congiunto e vittima primaria di un illecito, quanto piuttosto lo stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti¹.

¹ Nota redazionale a cura di PIETRO SORRENTINO, Dottore Magistrale in Giurisprudenza.

La sentenza in esame ci offre lo spunto per occuparci di un tema assai dibattuto costituito dal risarcimento del danno da-

derlo. In particolare, punto di maggiore interesse della sentenza è rappresentato dal fatto che per la prima volta un Tribunale civile ha riconosciuto il diritto al risarcimento alla fidanzata non convivente di una vittima di fatto illecito, deceduta a seguito dello stesso.

In realtà anche la Corte di Cassazione civile aveva in una precedente pronuncia confermato il diritto al risarcimento del danno morale della fidanzata di una vittima d'incidente tuttavia in quell'occasione detta vittima era sopravvissuta riportando lesioni gravissime che in ogni caso non gli avevano impedito di convolare a nozze con essa fidanzata (Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128).

Trattavasi dunque di danno da lesione e non da perdita del rapporto parentale.

A questo punto, prima di addentrarci nel merito della questione, occorre chiarire cosa sia e quale sia la portata del danno da perdita del rapporto parentale.

È ormai pacifico in dottrina e giurisprudenza che la morte di una persona cara provoca, ai congiunti, un danno non patrimoniale risarcibile anche quando la sofferenza da costoro patita non degenera in danno alla salute, fisica o psichica, degenerazione della quale si deve altrimenti tenere conto nella quantificazione del risarcimento del danno biologico avendo lo stesso natura unitaria ed omnicomprensiva (Cass. civ., sez. III, 09.12.2010, n. 24864).

Per l'identificazione del danno da perdita parentale è possibile invece rifarsi alla definizione che ne fa la Corte di Cassazione secondo cui detto danno si concretizza «nel vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nel non poter più fare ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti». (cfr.

Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10107; Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13546).

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

Problema che si pone a questo punto è l'identificazione dei soggetti legittimati a richiedere tale tipo di danno. Pochi problemi sorgono in relazione a soggetti legati da uno strettissimo rapporto di parentela con la vittima quali moglie o marito, figli, padre e madre, fratelli e sorelle, anche se per quest'ultima categoria possono esservi eccezioni così come indicato da un recente arresto della Suprema Corte. Gli Ermellini, infatti, hanno chiarito che la morte di un fratello mai conosciuto dagli altri congiunti rappresenta morte di uno sconosciuto, con la conseguenza che il danno da perdita di rapporto parentale assume dimensione virtuale e non reale (Cass. civ., sez. III, 22.10.2013, n. 23917).

Problematiche maggiori sorgono invece relativamente a quei soggetti i quali ben possono subire dei danni *iure proprio*, per così dire di riflesso, dall'evento morte di una persona cara ma che non fanno parte della famiglia cd. nucleare quali nonni, nipoti e persone legate alla vittima dell'illecito da relazioni sentimentali. Ad esempio per quel che riguarda i nonni ed i nipoti, fermo restando l'indubbio legame di parentela, la giurisprudenza si è divisa circa l'esigenza, al fine dell'esistenza del diritto al risarcimento del danno da perdita parentale, che l'istante richiedente fosse al momento del decesso della vittima convivente con lo stesso. Sul punto si sono sviluppati due orientamenti diversi: il primo, risalente nel tempo (Cass. civ. 23 giugno 1993, n. 6938), ritiene essere necessaria la convivenza e collega, dunque, la risarcibilità, oltre che all'esistenza del rapporto di parentela, alla perdita di un effettivo sostegno morale, ancorando tale perdita alla sola presenza di una posizione qualificata.

Tale orientamento è stato da ultimo ribadito dalla Suprema Corte la quale in un recente arresto ha sostenuto che «deve ritenersi che il fatto illecito, costituito dalla uccisione del congiunto, dà luogo a danno non patrimoniale, consistente nella perdita del rapporto parentale, quando colpisce soggetti legati da un vincolo parentale stretto, la cui estinzione lede il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievolmente solidarietà che connota la vita familiare nucleare. Mentre, affinché possa ritenersi leso il

Trib. Firenze, sez. II, 25 marzo 2015 n. 1011

Giud. M. Donnarumma

(Omissis)

rapporto parentale di soggetti al di fuori di tale nucleo (nonni, nipoti, genero, nuora) è necessaria la convivenza, quale connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi, di pratica della solidarietà, di sostegno economico» (Cass. civ., sez. III, sentenza 16.03.2012, n. 4253). Diverso orientamento al contrario non differenzia la posizione dei nipoti rispetto agli stretti congiunti (coniuge, genitori, figli) e individua il fondamento del danno non patrimoniale, per tutti i superstiti, nella lesione di valori costituzionalmente protetti e di diritti umani inviolabili, costituendo la perdita dell'unità familiare perdita di affetti e di solidarietà inerenti alla famiglia come società naturale. In sintesi si ritiene sufficiente l'emersione, sul piano probatorio, di "normali rapporti" che, specie in assenza di coabitazione, lasciano intendere come sia rimasto intatto, e si sia rafforzato nel tempo, il legame affettivo e parentale tra prossimi congiunti. Esclude, dunque, che l'assenza di coabitazione possa essere considerata elemento decisivo, essendo tale assenza imputabile a circostanze di vita che non escludono il permanere di vincoli affettivi e la vicinanza psicologica con il congiunto deceduto (Cass. civ., 15 luglio 2005, n. 15019; cfr. Tribunale di Rimini, sentenza del 17 giugno 2014). Posizione diversa, soprattutto per quanto riguarda il presupposto della convivenza, rivestono invece quei soggetti i quali, con la vittima dell'illecito, intrattenevano relazioni sentimentali stabili e durature. Risulta di tutta evidenza che tali soggetti possono ben subire un danno *iure proprio* dalla perdita totale della persona amata, tuttavia, essendo gli stessi non legati da un vincolo di parentela, sino ad oggi la giurisprudenza ha inteso tutelare soltanto la posizione dei conviventi *more uxorio*, situazione in cui la coabitazione è caratterizzata da legami affettivi fra i *partners* e da una stabile organizzazione comune e riconosciuta già a vari livelli dall'ordinamento italiano. In particolare i Giudici di Piazza Cavour hanno avuto modo di precisare che «Anche al convivente *more uxorio* spetta il risarcimento del danno non patrimoniale, in seguito alla morte del proprio caro, purché venga fornita, con qualsiasi mezzo, la prova dell'esistenza e della durata di una comunanza di vita e di affetti e di una vicendevole assistenza morale e materiale, cioè di una relazione di convivenza avente le stesse caratteristiche di quelle dal legislatore ritenute proprie del vincolo coniugale» (Cass. civ., sez. III, 07 giugno 2011, n. 12278). Fatte tali doverose premesse è possibile dunque analizzare la sentenza in esame ed apprezzare la portata innovativa della stessa. Si è già detto che la rilevanza di tale decisione consiste nell'aver riconosciuto alla fidanzata non convivente di una vittima di un illecito poi deceduta, il diritto al risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale. In realtà, tale decisione non ha rappresentato una novità assoluta nella giurisprudenza italiana in quanto già la Corte di Cassazione, anche se con la IV sezione penale, ha già in precedenza affermato il principio di diritto per cui a rilevare sul piano dell'*an debeat* non sia tanto la sussistenza di rapporti di parentela o di affinità così come civilisticamente definiti, quanto piuttosto la sussistenza di un rapporto tra due soggetti, il quale risulti caratterizzato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti; con la conseguenza che, in tale prospettiva, i parametri costituzionali dovranno individuarsi non già negli artt. 29 e 30 Cost., quanto piuttosto nell'art. 2 Cost. il quale accorda rilievo alla sfera relazionale personale in quanto tale e non richiede necessariamente la ravvisabilità di un rapporto di coniugio tra due soggetti legati sul piano affettivo (Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2014 n. 46351). Ebbene il Tribunale di Firenze, rifacendosi proprio alla predetta pronuncia oltre che alla sentenza della Cass. civ. n. 7128/2013 – già richiamata ad inizio nota – ha stabilito, con motivazioni più che condivisibili, che «Va, pertanto, riconosciuta la configurabilità di un danno a carico della fidanzata non convivente della vittima primaria di un reato, non rilevando, come detto, la sussistenza in termini di necessità di un

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1 - Sui danni non patrimoniali - premessa

Quanto ai danni non patrimoniali meritevoli di risarcimento, alla luce dei recenti arresti delle Sezioni Unite (vd. Cass. civ., sez. un., 11.11.2008), è necessario premettere che:

- il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica;

- la norma di riferimento (art. 2059 c.c.) è norma di rinvio, che rimanda alle leggi, che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale (vd. art. 185 c.p., vd. i casi previsti da leggi ordinarie);

- al di fuori dei casi espressamente determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione;

- in quest'ottica, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. anche il danno da lesione del diritto invio-

rapporto di *omissis*, quanto piuttosto la ravvisabilità e la prova di uno stabile legame tra due persone, connotato da stabilità e significativa comunanza di vita e di affetti... *omissis* ... Condividendo e facendo proprio il pensiero della Suprema Corte, per cui la relazione prematrimoniale o di fidanzamento che, a prescindere da un rapporto di convivenza attuale al momento dell'illecito V sia destinata ad evolvere in matrimonio trovi il fondamento della tutela risarcitoria nell'art. 29 Cost, inteso come norma di tutela costituzionale, non solo della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, ma anche del diritto a contrarre matrimonio e quindi a formare una famiglia fondata sul matrimonio, questo Giudice ritiene che, ai fini della liquidazione del pregiudizio, il danno non patrimoniale patito dall'attrice G. D. per effetto della perdita del futuro *omissis* possa essere liquidato equiparando la condizione in esame a quella di un *omissis* che con coabita con l'altro». In conclusione, a parere dello scrivente, la sentenza risulta oltre che condivisibile anche di notevole importanza dal momento che costituisce senza dubbio un'ingiustizia differenziare la posizione della fidanzata non convivente con la vittima rispetto, ad esempio, ai fratelli e le sorelle dello stesso (sul solo presupposto del rapporto di parentela, affinità o coabitazione) considerando inoltre che, se i germani della vittima (con ogni probabilità e sempre che non lo abbiano già fatto) formeranno dei nuclei familiari autonomi; la fidanzata invece, legata da un rapporto risalente e stabile nel tempo, si vede sottratta sia il supporto e la presenza di una persona cara, sia la possibilità di creare proprio quel nucleo familiare così come lo aveva progettato con la persona amata, sottrazione che può provocare un dolore pari, se non superiore, a quello patito dai parenti stretti. Il tutto costituisce una evidente lesione dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 della Costituzione "il quale accorda rilievo alla persona umana intesa sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e, prime tra tutte, quelle primigenie, vale a dire quelle illuminate da un intenso e duraturo legame affettivo, anche ove lo stesso non risulti genetico o giuridico".

labile alla salute (art. 32 Cost.), cd. danno biologico;
 - nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, il cd. danno morale ed il danno cd. esistenziale non individuano autonome sottocategorie di danno, ma tra i possibili pregiudizi non patrimoniali descrivono un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva anche transeunte;

- il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che il pregiudizio deve essere interamente ristorato, ma si devono evitare duplicazioni;

- determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale o del danno esistenziale, nonché la congiunta attribuzione del danno morale e di quello esistenziale;

- semmai, il giudice deve procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza.

2 - Sul risarcimento spettante a P. F.

A) È ragionevole ritenere che gli stretti congiunti di una persona deceduta in conseguenza dell'altrui illecito abbiano diritto, *iure proprio*, al risarcimento del danno morale direttamente sofferto, inteso come intima sofferenza, che non degenera in patologia (si cfr., *ex multis*, Cass. civ., 25.02.1997, n.1704). Sotto altro profilo, qualche anno fa, si è pervenuti all'ammissione della risarcibilità del danno da uccisione di congiunto, consistente nella definitiva perdita del rapporto parentale.

Si è detto che l'interesse fatto valere nel caso di danno da uccisione di un congiunto è quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale, che è la famiglia, la cui tutela trova fondamento nelle norme costituzionali, di cui agli artt. 2, 29 e 30 Cost. Trattandosi di un pregiudizio, che si proietta nel futuro – a differenza di quanto accade con il danno morale soggettivo – e dovendosi avere riguardo al periodo di tempo, per il quale si sarebbe presumibilmente esplicato il godimento del congiunto, è ammesso il ricorso a valutazioni prognostiche e per presunzioni, pur sulla base di elementi oggettivi.

Come si è premesso al paragrafo 1, nell'ambito di una rivisitazione complessiva della materia del risarcimento del danno non patrimoniale, la Suprema Corte ha osservato che determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita viene percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato.

Sicché, occorre far luogo ad una valutazione del danno non patrimoniale tendenzialmente unitaria, quantomeno sul fronte delle voci di danno che tradizionalmente si indicano come danno morale e danno esistenziale. Nell'ambito di tale valutazione, occorre considerare la giovane età dello scomparso, la gravità del fatto illecito, l'intensità del vincolo di sangue esistente tra la vittima e gli istanti, l'età del congiunto danneggiato, la relazione di convivenza nonché tutti gli elementi peculiari della fattispecie concreta, così che il risarcimento sia, il più possibile, adeguato al danno e non meramente simbolico.

Nella specie, alla luce di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto e tenuto conto della tabella per la liquidazione del danno da perdita parentale che trova applicazione presso il Tribunale di Roma – tabella che, a differenza delle altre, ha il pregio di indicare valori precisi –, il tribunale ritiene equo e congruo riconoscere al *Omissis* convivente P. F. la somma di Euro 272.745.00, oltre rivalutazione ed interessi al tasso legale.

B) Una distinta considerazione e valutazione merita il danno biologico che, per effetto della morte del congiunto, ha patito P. F. La documentazione versata in atti e le risultanze della c.t.u. – che vanno indenni da vizi, per cui possono essere assunte alla base della decisione – danno conto adeguatamente di un danno biologico eziologicamente riconducibile all'evento morte per cui è causa.

Sicché, facendo riferimento alla tabella del danno biologico predisposta ed applicata dal Tribunale di Milano – che, in relazione alla liquidazione del danno biologico, trova costante applicazione presso questo Tribunale di Firenze – e prevedendo equitativamente un incremento per considerare l'inabilità temporanea riconosciuta dal c.t.u. ma non quantificata, si ritiene congruo ed equo quantificare in Euro 30.665.80, oltre rivalutazione ed interessi, il danno biologico patito da P. F.

Gli importi testè liquidati dovranno essere decurtati della somma di Euro 59.266,66 già corrisposta dalla compagnia di assicurazione e da attualizzare ad oggi.

C) A titolo di danno patrimoniale emergente, va riconosciuto un risarcimento pari ad Euro 1.965.17, oltre rivalutazione ed interessi, per spese funerarie documentate.

3- Sul risarcimento spettante a P. V.

A) Per le medesime ragioni esposte in relazione alla posizione dell'attore P. F. ed applicando il medesimo parametro (tabella in uso presso il Tribunale di Roma), va riconosciuto alla genitrice del defunto l'importo di Euro 272.745,00, oltre rivalutazione ed interessi, a titolo di risarcimento del danno da perdita parentale.

B) A titolo di risarcimento del danno biologico, che trova riscontro nella documentazione versata in atti e nelle risultanze della c.t.u., va riconosciuto l'importo di Euro 29.901.30 (oltre rivalutazione ed inte-

ressi), cui si perviene applicando la tabella elaborata dal Tribunale di Milano e prevedendo un incremento in via equitativa in considerazione della inabilità temporanea riconosciuta ma non quantificata dal c.t.u.

Anche in tal caso, va detratta la quota già ricevuta dall'attrice, che è pari ad Euro 59.266,66, da attualizzare ad oggi.

4- Sul risarcimento spettante a P.S.

A) Applicando la tabella elaborata dal Tribunale di Roma, si liquidava l'importo di Euro 141.075,00, oltre rivalutazione ed interessi, a titolo di risarcimento del danno da perdita del congiunto.

In tal caso, mette conto rilevare che, alla luce degli atti, è da escludere una relazione di stabile convivenza con il *de cuius*, poiché risulta una residenza diversa da quella degli altri familiari ed un significativo periodo di permanenza nella città di Padova per ragioni di studio.

B) Alla luce delle risultanze peritali, a titolo di risarcimento del danno biologico va riconosciuto l'importo di Euro 5.975,30 (oltre rivalutazione ed interessi), precisandosi che in tal caso si applica la tabella ministeriale *ex art.* 139 C.d.A., con un lieve incremento che tiene conto della inabilità temporanea riconosciuta dal c.t.u. ma non quantificata.

C) Non può trovare riconoscimento il risarcimento del danno per perdita di *chance*, poiché il nesso eziologico non è adeguatamente provato.

Anche in tal caso va detratto l'importo che l'attrice ha già ricevuto, pari ad Euro 59.266,66, da attualizzare ad oggi.

5- Sul risarcimento spettante a S. M. R.

Alla luce degli atti, all'attrice S. M. R. spetta il solo risarcimento del danno da perdita del congiunto, che, secondo la tabella romana, va liquidato in misura pari ad Euro 122.265,00, oltre rivalutazione ed interessi.

6- Sul risarcimento spettante a P. D.

A) La domanda di risarcimento del danno non patrimoniale – *sub specie* di danno morale ed esistenziale – è meritevole di accoglimento. In tema di risarcibilità dei pregiudizi di natura non patrimoniale conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona, secondo la sentenza 10 novembre 2014, n. 46351 della Cassazione penale, il riferimento ai “prossimi congiunti” della vittima primaria, quali soggetti danneggiati iure proprio, deve essere inteso nel senso che, in presenza di un saldo e duraturo legame affettivo tra questi ultimi e la vittima, è proprio la lesione che colpisce tale peculiare situazione affettiva a connotare l'ingiustizia del danno e a rendere risarcibili le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (se e in quanto queste siano allegare e dimostrate quale danno-conseguenza), a prescindere dall'esistenza di rapporti di parentela, affinità o *omissis* o giuridicamente rilevanti come tali.

Con sentenza 8 ottobre 2012, la Corte di Appello di Milano, in parziale riforma della sentenza di primo grado – con la quale il Tribunale di Milano, in data

10 ottobre 2011, aveva condannato Tizio del reato di omicidio colposo, per avere cagionato, in concorso con Caio, per colpa consistita nella violazione della disciplina in materia di circolazione stradale, la morte del pedone M. – rideterminava l'ammontare della somma liquidata, a titolo di provvisionale, in favore della parte civile costituita.

Avverso la sentenza del Giudice di secondo grado interponeva gravame di legittimità il difensore del responsabile civile deducendo la violazione dell'art. 74 c.p.p. e dell'art. 2697 c.c. con riferimento sia alla risarcibilità del danno subito dalla fidanzata non convivente della vittima dell'incidente stradale, sia rispetto alla non corretta applicazione della disciplina dell'onere probatorio, nel caso di richiesta risarcitoria *ex art.* 185 c.p.

La Corte di cassazione (Cass. pen., sez. IV, sentenza 10.11.2014, n. 46351), con un sintetico, ma lineare e corretto *excursus* circa la risarcibilità dei danni ai prossimi congiunti della vittima primaria ed in ordine alla nozione enucleata a livello giurisprudenziale di “prossimi congiunti”, ha riconosciuto la risarcibilità in astratto dei danni iure proprio patiti dalla fidanzata non convivente della vittima primaria, evidenziando come a rilevare sul piano dell'*an debeatur* non sia tanto la sussistenza di rapporti di parentela, di affinità o *omissis* o così come civilisticamente definiti, quanto piuttosto la sussistenza di un rapporto tra due soggetti, il quale risulti caratterizzato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti; con la conseguenza che, in tale prospettiva, i parametri costituzionali dovranno individuarsi non già negli artt. 29 e 30 Cost., quanto piuttosto nell'art. 2 Cost., il quale accorda rilievo alla sfera relazionale personale in quanto tale e non richiede necessariamente la ravvisabilità di un rapporto di *omissis* tra due soggetti legati sul piano affettivo.

Chiarisce la Suprema Corte che per “convivenza” non deve intendersi la sola situazione di coabitazione tra prossimo congiunto e vittima primaria di un illecito, quanto piuttosto lo stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti, con la conseguenza che, in tale prospettiva, i parametri costituzionali a venire in considerazione non sono quelli di cui agli artt. 29 e 30 Cost., quanto piuttosto l'art. 2 Cost., il quale accorda rilievo alla persona umana intesa sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e, prime tra tutte, quelle primigenie, vale a dire quelle illuminate da un intenso e duraturo legame affettivo, anche ove lo stesso non risulti genetico o giuridico.

Va, pertanto, riconosciuta la configurabilità di un danno a carico della fidanzata non convivente della vittima primaria di un reato, non rilevando, come detto, la sussistenza in termini di necessità di un rapporto di *omissis*, quanto piuttosto la ravvisabilità e la prova di uno stabile legame tra due persone, connotato da stabilità e significativa comunanza di vita e di

affetti. In sede civile, la Suprema Corte ha, addirittura, statuito che, in caso di relazione prematrimoniale o di fidanzamento che – a prescindere da un rapporto di convivenza attuale al momento dell'illecito – era destinato successivamente ad evolvere in matrimonio, il risarcimento del danno non patrimoniale trova fondamento nell'art. 29 Cost., inteso come norma di tutela costituzionale non solo della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, ma anche del diritto del singolo a contrarre matrimonio e ad usufruire dei diritti-doveri reciproci inerenti le persone dei *omissis*, nonché a formare una famiglia quale modalità di piena realizzazione della propria vita individuale (Cass. civ., sez. III, 21.03.2013, n. 7128).

È esattamente questo il caso di specie, avendo l'attrice dato ampiamente conto di un rapporto sentimentale molto risalente nel tempo, connotato da stabilità e profonda condivisione (si veda, tra l'altro, la vasta documentazione fotografica allegata al fascicolo attoreo), che, solo qualche giorno dopo il di del tragico evento, avrebbe trovato nel matrimonio il proprio naturale coronamento.

È documentato – e, per vero, non contestato – che i due fidanzati avevano acquistato una casa sin dal 02.05.2001, impegnando i rispettivi patrimoni in ragione del 50% cadauno e trasferendovi la propria residenza già dal 26.05.2001.

È provato che i predetti avessero formalizzato le reciproche promesse con la richiesta di pubblicazione del matrimonio, fissato per il giorno 08.02.2003, laddove il decesso di P. M. è intervenuto il 26.01.2003. Condividendo e facendo proprio il pensiero della Suprema Corte, per cui la relazione prematrimoniale o di fidanzamento che, a prescindere da un rapporto di convivenza attuale al momento dell'illecito, sia destinata ad evolvere in matrimonio trovi il fondamento della tutela risarcitoria nell'art. 29 Cost, inteso come norma di tutela costituzionale, non solo della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, ma anche del diritto a contrarre matrimonio e quindi a formare una famiglia fondata sul matrimonio, questo Giudice ritiene che, ai fini della liquidazione del pregiudizio, il danno non patrimoniale patito dall'attrice G. D. per effetto della perdita del futuro *omissis* possa essere liquidato equiparando la condizione in esame a quella di un *omissis* che coabita con l'altro.

Sicché, applicando, ancora una volta, la tabella del Tribunale di Roma e considerando il parametro relativo al *omissis* non “convivente” (laddove la convivenza è intesa come coabitazione), si perviene alla liquidazione dell'importo di Euro 263.340,00, oltre rivalutazione ed interessi. B) Per le ragioni esposte (legame sentimentale stabile e duraturo, destinato ad evolvere nel matrimonio) è, senz'altro, risarcibile anche il danno biologico patito dall'attrice, dal momento che la documentazione in atti e le risultanze peritali danno adeguatamente conto di un pregiudizio psico-fisico

eziologicamente riconducibile all'evento morte per cui è causa. Sicché, considerando gli accertati postumi permanenti in ragione del 9/10% ed applicando la tabella del Tribunale di Milano, con un lieve incremento per ricomprendere l'inabilità temporanea riconosciuta e non quantificata dal c.t.u., si ritiene equo e congruo liquidare nella misura di Euro 23.796,85 (oltre rivalutazione ed interessi) il danno biologico patito da G. D..

C) A titolo di risarcimento del danno patrimoniale emergente va riconosciuto l'importo di Euro 1.878.00 (oltre rivalutazione ed interessi) per spese documentate e riconosciute congrue dal c.t.u.

L'importo di Euro 510,00 corrisposto al ctp e quello corrisposto al c.t.u. vanno liquidati nell'ambito delle spese di lite.

D) Non sono meritevoli di risarcimento i danni dedotti in relazione alla vendita della casa destinata ad abitazione coniugale ed all'estinzione del mutuo, poiché non si ravvisa un rigoroso nesso di consequenzialità immediata e diretta rispetto all'evento morte per cui è causa.

I danni in parola risentono, per così dire, di una precisa scelta, esercitata in un certo momento e con certe modalità.

Non è provata l'impossibilità di estinguere il mutuo e vendere la casa in un momento storico diverso e, tenuto conto del mercato immobiliare, è ragionevole ritenere che i dedotti danni sarebbero stati evitati se le operazioni suddette fossero state condotte prudentemente.

Non sono risarcibili i danni dedotti in relazione a spese documentabili e non documentate: in quest'ottica si disattende la domanda di risarcimento relativa alle spese connesse all'evento nuziale, non essendo adeguatamente provato il *quantum*.

Non è risarcibile il danno dedotto in relazione ai futuri ed eventuali apporti patrimoniali derivanti dal matrimonio, poiché la posizione economica e la capacità di guadagno dei nubendi induce a ritenere che essi avrebbero provveduto autonomamente e rispettivamente al proprio mantenimento ed avrebbero contribuito in egual misura alla gestione del *menage* familiare.

7 - Sul risarcimento spettante a C. A.

A) La documentazione versata in atti e, segnatamente, le risultanze peritali danno adeguatamente conto di un danno biologico riconducibile al sinistro per cui è causa. Il perito d'ufficio è pervenuto alle seguenti conclusioni:

- postumi permanenti 8/9 % inabilità temporanea assoluta di giorni 30
- inabilità temporanea parziale di giorni 60 al 50%
- inabilità temporanea parziale di giorni 90 al 25%.

Sicché, applicando la tabella ministeriale *ex art.* 139 C.d.A. e personalizzando il *quantum* in considerazione della gravità dell'illecito e di tutte le peculiarità

del caso concreto, il danno non patrimoniale complessivamente patito da C.A. va liquidato in misura pari ad Euro 19.762,56, oltre rivalutazione ed interessi.

Va detratto l'importo già ricevuto, pari ad Euro 12.000,00, da attualizzare ad oggi.

B) A titolo di danno patrimoniale emergente va riconosciuto l'importo di Euro 1.980,02 (oltre rivalutazione ed interessi) per spese documentate e riconosciute congrue dal c.t.u.

8 - Sul risarcimento spettante a F. S.

A) In relazione alla posizione del terzo chiamato ha correttamente rilevato il G.I. *pro tempore* che "... quanto alla richiesta di ctu medico-legale sulla persona di S.F. ... non risultano specifiche contestazioni in ordine agli esiti della relazione medico legale allegata dalla difesa del suddetto a sostegno delle pretese risarcitrici avanzate ricorrendo pertanto evidenti ragioni di economia processuale ad escludere la necessità di tale mezzo istruttorio ..." (vd. ordinanza del 27/30.05.2011).

Sicché, si tiene conto delle risultanze della consulenza medico legale allegata al fascicolo del terzo chiamato (doc. 9):

- postumi permanenti in ragione del 4%
- inabilità temporanea totale di giorni 44
- inabilità temporanea parziale di giorni 44 al 50%.

Applicando la tabella ministeriale *ex art.* 139 C.d.A. si perviene alla liquidazione dell'importo risarcitorio di Euro 6.478.83, oltre rivalutazione ed interessi. B) A titolo di risarcimento del danno patrimoniale emergente va riconosciuto l'importo di Euro 432.50 (oltre rivalutazione ed interessi) per spese mediche documentate (vd. ricevute allegate al fascicolo del terzo chiamato). L'importo di Euro 151,29 relativo al compenso del ctp, per giurisprudenza pacifica, rientra nelle spese di lite.

9 - Conclusivamente

A) Ogni altra istanza disattesa, in quanto non provata, vanno accolte le sole domande già ritenute meritevoli di accoglimento.

Nello specifico, tenuto conto di quanto si è statuito con la sentenza non definitiva in punto di *an debeatur*, i convenuti vanno condannati, in solido tra loro, a corrispondere le somme sopra liquidate agli attori ed al terzo chiamato F. S..

B) Solo per completezza, vai la pena precisare che per tutti i congiunti del *de cuius* va esclusa la risarcibilità del danno non patrimoniale *iure hereditario*.

È orientamento consolidato, soprattutto nella giurisprudenza della Suprema Corte, che, nel caso di lesione dell'integrità fisica con esito letale intervenuto immediatamente o a breve distanza dall'evento lesivo, non sia configurabile un danno biologico *strictu sensu*, poiché la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita coincide con il definitivo venir meno del soggetto e, quindi, non si traduce e non può tradursi nella contestuale acquisi-

zione al patrimonio della vittima di un diritto al risarcimento trasferibile agli eredi.

Chi perde la vita non acquista un diritto risarcitorio, poiché, fino a quando egli è in vita, non vi è perdita; quando è morto, non è titolare di alcun diritto e non è in grado di acquistarlo.

Diversamente, nel caso in cui intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni e la morte dalle stesse determinata, è ravvisabile un diritto al risarcimento del danno biologico trasferibile agli eredi, che si va a liquidare in relazione alla effettiva menomazione della integrità psicofisica subita dal soggetto leso ed alla durata del danno: insomma, uno degli elementi costitutivi ed indefettibili del danno biologico è la durata (vd., tra le altre, Cass. civ., sez. III, n. 458/2009, che esclude la risarcibilità del danno biologico *iure hereditario* nel caso di sopravvivenza della vittima per tre soli giorni dopo il sinistro).

Nel caso in esame, è chiaramente emerso che il giovane *de cuius* è immediatamente deceduto, per cui non può riconoscersi un risarcimento del danno biologico *iure hereditario*.

Nè può riconoscersi un risarcimento del danno morale *iure hereditario*, che avrebbe richiesto momenti di lucidità e consapevolezza, tali da consentire la percezione del proprio stato (cfr. documentazione clinica e Cass. civ., sez. III, n. 28423/2008).

L'esito del giudizio depone per la soccombenza dei convenuti, che vanno, perciò, condannati, in solido, al rimborso in favore degli attori e dei terzi chiamati.

A carico dei convenuti, in solido, vanno definitivamente poste anche le spese di c.t.u.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Diritto e procedura penale

CONDIZIONAMENTI LINGUISTICI ED ERRORI METODOLOGICI NELLA RICOSTRUZIONE DOGMATICA DEL RAPPORTO TRA GIUDICATO E STRUTTURA DELLA SENTENZA	66
di Fabiana Falato	
POTERE DI DELEGA: TENTATIVO DI FUGA DALLE RESPONSABILITÀ?	78
di Carmine Ruggiero	
TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE E SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO <i>Nota a Cass., sez. VI penale, 28 novembre 2014, deposito 11 dicembre 2014, n. 51688</i>	94
di Anna Paola Sannino	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	115
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	124
RASSEGNA DI MERITO	127



Condizionamenti linguistici ed errori metodologici nella ricostruzione dogmatica del rapporto tra giudicato e struttura della sentenza

abstract

The question of the relationships between judged and structure of the sentence involves the necessity to distinguish the declaration of the responsibility as a juridical act from the affirmation of the responsibility as a juridical fact. In these terms, the result of the check on the points of the sentence – intended as arguments that found the sentence-fact – preclude a further and different verification, in a different judgment, those aspects of the reconstruction of the criminal fact and the responsibility of the already definite accused in the sentence of worth and not submitted to control.

keywords

Check of the responsabilità – preclusions – judged – sentence-act – sentence-fact – heads and points of the sentence.

abstract

Il tema dei rapporti tra giudicato e struttura della sentenza comporta la necessità di distinguere la dichiarazione di responsabilità come atto giuridico dall'affermazione della responsabilità come fatto giuridico. In questi termini, il risultato dell'accertamento sui punti della sentenza – intesi come argomentazioni che fondano la sentenza-fatto – preclude una ulteriore e diversa verifica, in un giudizio differente, di quegli aspetti della ricostruzione del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato già definiti nella sentenza di merito e non sottoposti a controllo.

parole chiave

Accertamento della responsabilità – preclusioni – giudicato – sentenza-atto – sentenza-fatto – capi e punti della decisione.

sommario

1. Lo spunto giurisprudenziale. – **2.** Significato e limiti del rapporto accertamento-atto/accertamento-fatto: capi e punti della decisione. – **3.** Il giudicato nel sistema di protezione delle posizioni giuridiche soggettive protette. Cenni.

1. Lo spunto giurisprudenziale

Una recente sentenza della Corte di Cassazione¹ offre spunti di riflessione circa le relazioni tra accertamento/giudicato/preclusioni (cognitive e decisorie) e capi e punti della sentenza, dunque, tra sentenza-atto e sentenza-fatto, rese più complesse dalle carenti argomentazioni sul tema riscontrabili nella sentenza stessa, nonché da radicati condizionamenti linguistici.

Perciò, al di là di una non condivisa soluzione del merito della questione, essa costituisce una rinnovata occasione per denunciare cadute metodologiche e persistenti equivoci dogmatici nell'approccio alla questione da parte dei giudici della cassazione, e vizi del ragionamento sorretti da disattenzioni circa il valore semantico dei dati sistematici nella operazione ermeneutica.

Questa volta il problema ruota intorno a due nuclei: quello, generale, della ampiezza del concetto di giudicato e quello, specifico, della contestualità tra punti della decisione/disponibilità dell'impugnazione; ancora, punti della decisione/preclusioni cognitive e decisorie.

Il caso è semplice.

La Corte di assise di appello di Catanzaro, giudicando sui gravami degli imputati e del Procuratore generale della Repubblica, confermava la sentenza della Corte di assise di condanna alla pena dell'ergastolo a carico di F.A., imputato del delitto di omicidio premeditato (capo B della rubrica), dei reati collegati (capo C della rubrica) e del reato di ricettazione (capo D della rubrica).

Specificamente, la Corte territoriale dichiarava: «merita conferma la affermazione della penale responsabilità di A. a titolo di concorso morale nell'omicidio e nei reati connessi (...) mentre non risulta dimostrata la sua partecipazione materiale alla esecuzione dell'attività delittuosa, in funzione di appoggio e supporto logistico».

Avverso la sentenza, proponeva ricorso per cassazione il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello unicamente nei confronti di altro imputato (G.F.) – assolto in secondo grado – e l'imputato A. col ministero del proprio difensore di fiducia, presentava tra altri motivi, la contraddittorietà e la

¹ Cass., 21 gennaio 2015, n. 7845, *inedita*.

manifesta illogicità della motivazione (ai sensi dell'art. 606, c. 1, lett. e), c.p.p.) per difformità della regola del giudizio adottata dal giudice nello stesso processo per valutare la partecipazione materiale dell'imputato alla consumazione del reato rispetto a quella utilizzata per verificarne il concorso morale. Postulava, così, la formazione del giudicato assolutorio sul primo punto, non essendo stata proposta impugnazione da parte del Procuratore generale.

La cassazione rigettava il ricorso ed affermava «che la negazione del giudice a quo del concorso materiale di F.A. non comporta il giudicato assolutorio postulato dal difensore. Gli è che il divisamento espresso dalla Corte territoriale nella sentenza annullata, circa il ruolo assunto dal giudicabile nella ritenuta compartecipazione delittuosa, non costituisce punto di decisione (susceptibile di impugnazione a opera del Pubblico ministero) sicché non è ravvisabile veruna preclusione endoprocessuale, né tanto poco ricorre il divieto di *reformatio in peius*».

Sin qui la vicenda; che per la peculiarità dei temi trattati, nonché per l'autorità della fonte, merita una approfondita disamina, dal momento che il principio (implicito²) dettato dalla Corte è affermato senza il ricorso a riscontri normativi e sistematici; che, se considerati, avrebbero dovuto condurre la giurisprudenza su fronti opposti anche in rapporto all'interesse, oggi sovranazionale, alla giustizia del giudicato, quale estrinsecazione della più ampia garanzia riconosciuta all'imputato alla tutela dei propri diritti procedurali; indirizzi che sarebbero stati certamente più aderenti al dettato normativo ed alla logica di un sistema integrato di garanzie.

E sono questi – accertamento/preclusioni/giudicato e i loro rapporti con la struttura della sentenza – gli aspetti salienti della questione che si affrontano.

2. Significato e limiti del rapporto accertamento-atto/accertamento fatto: i capi e i punti della decisione

La Relazione al codice di Procedura penale dedica alla definizione di giudicato poco spazio, ritenendo sufficiente informare che «la scelta operata nel presente

² Quello esplicito è di diversa natura: «la testimonianza indiretta è utilizzabile qualora nessuna delle parti si sia avvalsa del diritto di richiedere che il teste di riferimento sia chiamato a deporre». Sul punto la giurisprudenza è costante. Non sono mancate pronunce che, pur non modificando il punto della utilizzabilità della dichiarazione *de relato* in mancanza di richiesta di parte di ascoltare il teste di riferimento, hanno riconosciuto al giudice, nella situazione, la facoltà di esercitare, anche d'ufficio ai sensi dell'art. 507 c.p.p., il potere di disporre l'audizione del teste di riferimento. Epperò, quella stessa cassazione, ha stabilito che l'omesso esercizio di tale potere officioso non rende inutilizzabile la deposizione *de relato*. Cass., 3 dicembre 2012, n. 53447, *inedita*; Id., 25 gennaio 2007, n. 6522, in *CED Cass.*, n. 236057; Id., 10 gennaio 2006, n. 3652, *ivi*, n. 233337; Id., 24 ottobre 2005, n. 1151, *ivi*, n. 233170.

Progetto deriva dall'esigenza di porre a base di tutta l'esecuzione la nozione di giudicato, e cioè l'identificazione del provvedimento irrevocabile ed esecutivo che costituisce punto di partenza della fase dell'esecuzione penale».

La disciplina con la quale si è inteso regolare la materia della esecuzione si è mossa nell'alveo della più fedele osservanza di quella definizione: «l'articolo 639 fornisce la definizione di "irrevocabilità" delle sentenze e dei decreti (...). L'articolo 641 regola la esecutività delle sentenze e dei decreti penali, ricollegandoli in via generale alla irrevocabilità (c. 1) e, per quanto concerne la sentenza di non luogo a procedere, alla scadenza dei termini per l'impugnazione (c. 2) (...)»³.

La linea politica appare essere quella della sinonimia: irrevocabilità = giudicato; la quale si riflette nel combinato disposto degli artt. 648; 651-654 c.p.p. dal quale emerge, con evidenza, che la irrevocabilità rimanda alla impossibilità giuridica di sottoporre a nuovo esame, mediante gli ordinari mezzi di impugnazione, ciò che ha formato oggetto di accertamento e di decisione del giudice. Questa impostazione comporta la non ripetibilità del rimedio per riparare possibili errori della decisione impugnata, cioè, la non ripetibilità del controllo sull'operato del giudice del precedente grado (è questo il concetto di impugnazione); con la conseguenza che da quella situazione formale deriva la non ripetibilità dell'accertamento, quindi, la immutabilità del giudizio sul fatto e sulla responsabilità, oltre che sulla determinazione della pena; con il logico effetto di far assumere al giudizio stesso un assetto definitivo. Quest'ultima caratteristica (la definitività del giudizio) comporta, a sua volta, la fissità del contenuto accertativo.

La dottrina recente, in diverso modo e con differenti toni, ha manifestato posizioni di continuità con il modello prospettato e con le esperienze codicistiche del passato, rispetto ad un sistema processuale che, oggi più di ieri, si caratterizza per la discontinuità sistemica e modulare, dovuta, da ultimo e tra gli altri fattori, allo sviluppo della integrazione europea⁴ che richiede nuove e più aggiornate letture.

Sul fronte della struttura della sentenza (art. 581, lett. a), c.p.p.), vale a dire, della sentenza intesa come

³ Il virgolettato si riferisce a *Progetto preliminare del Codice di procedura penale, Relazione*, cit., pp. 318-319.

⁴: «i sistemi penali, si trovano oggi immersi in uno spazio strutturalmente plurale e complesso, nel quale tramonta il tradizionale modello kelseniano di tipo piramidale, lineare e gerarchico, e si assiste al sorgere di un 'nuovo paradigma', reticolare e 'diffuso'. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2014, p. 1104. Osservazione estensibile al campo del diritto processuale penale se si ragiona sull'art. 67, paragrafo 3 TFUE: l'uso del plurale – il «ravvicinamento delle legislazioni penali» – per indicare lo strumento per realizzare la costruzione di uno Spazio di libertà sicurezza e giustizia stabilisce la cifra della esistenza di un *diritto* (non di *diritti*) europeo in materia penale e processuale.

atto, il panorama normativo è variegato e quanto mai confuso, atteso l'uso nel codice di rito di locuzioni molteplici, non sempre di significato univoco, rispetto alle quali il legislatore si è astenuto dal dettare una sia pur minima disciplina espressamente determinativa dei criteri per ricondurre le situazioni alle rispettive categorie. Infatti, l'art. 581 c.p.p. fa riferimento ai capi o punti della decisione impugnata; l'art. 597, c. 1, c.p.p. attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi; l'art. 609 c.p.p., a sua volta, attribuisce alla Corte di cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi che, a norma dell'art. 606 c.p.p., sono stati proposti, mentre il c. 2° dello stesso art. 609 c.p.p., devolve alla stessa Corte il compito di decidere anche le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in appello; l'art. 624 c.p.p., infine, in tema di annullamento parziale della sentenza da parte della Corte di cassazione, fa riferimento, nel c. 1, alle disposizioni della sentenza non annullate, ed alle parti della sentenza stessa che non hanno connessione essenziale con la parte annullata.

Rispetto a questo vuoto normativo e all'inevitabile groviglio di interconnessioni, la ricostruzione del concetto dogmatico di punto e di capo della decisione – tralasciando gli altri termini – è stato affidato alla giurisprudenza; la quale ha definito il capo come un «atto giuridico completo, tale da poter costituire, da solo, anche separatamente, il contenuto di una sentenza»⁵ ed il punto come «ogni statuizione della sentenza che può essere considerata in modo autonomo»⁶, ignorando che il problema classificatorio andava (e va) risolto tenendo conto del binomio atto-scopo, nonché del va-

⁵ Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *CED Cass.*, n. 216239; Id., 17 ottobre 2006, Michaeler, *ivi*, n. 235699. Precedentemente, in tal senso, Cass., sez. un., 26 marzo 1997, Attinà; Id., sez. un., 19 gennaio 1994, Cellerini; Id., sez. un., 11 maggio 1993, Ligresti; Id., 19 febbraio 1988, Rabito.

Di recente, solo per citarne alcune, Cass., 13 novembre 2014, n. 51744, *inedita*; Id., 4 novembre 2014, n. 49718, *inedita*; Id., 29 maggio 2014, n. 33030, in *CED Cass.*, n. 259860.

⁶ A partire da Cass., 4 maggio 1994, n. 45213, in *CED Cass.*, n. 198488, fino a Id., 13 novembre 2014, n. 51744, *cit.*; Id., 4 novembre 2014, n. 49718, *cit.*

In senso critico, IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013, p. 747: «Tradizionalmente si dice punto ogni questione suscettibile di considerazione autonoma. Ma così rimaniamo nel vago: nel processo più semplice ci sono decine di questioni. Non si può ancorare l'effetto devolutivo dell'impugnazione ad un termine vago. Eppoi, cosa significa "considerazione autonoma"? di solito le questioni sono connesse, una dipende dall'altra. Se io appello sulla pena, il punto è l'entità della pena soltanto o il trattamento sanzionatorio in genere (in modo che il giudice di appello potrebbe concedere un'attenuante non richiesta invece di quella richiesta)? Se io appello solo sulla responsabilità, può il giudice di appello confermare tale punto ma ridurre la pena? Se io appello sulla colpa, può il giudice di appello valutare il nesso di causalità? In questi casi abbiamo un solo punto, più punti connessi o più punti disconnessi?».

lore ontologico riconosciuto alle cadenze argomentative che sorreggono la decisione; ma di questo si dirà.

Il sistema è cambiato; le classificazioni tradizionali devono essere contestualizzate.

Il sistema è cambiato soprattutto rispetto alle ideologie che lo motivano.

Pur senza soffermarci su questo aspetto – extravagante rispetto alle questioni da affrontare – è sufficiente rilevare la differenza qualitativa tra l'assetto politico-istituzionale repubblicano e quello attuale; sicché è indiscutibile che il mutamento di valori che sono a fondamento dell'ordinamento incide profondamente sull'intero sistema giuridico, sui suoi istituti, anche quelli più tecnici e quindi apparentemente neutrali rispetto alle ideologie della storia.

Quel mutamento e lo speculare arricchimento di valori sono rappresentati dalla linea normativa degli artt. 6, paragrafo 3 (paragrafi 1, prima parte-2) TUE; 67, paragrafo 3, ultima parte; 82, paragrafo 2, lett. b); 82, paragrafo 1, ultima parte, TFUE, oltre ai vincoli derivanti dall'adesione alle Convenzioni internazionali, tra le quali, innanzitutto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷.

La linea normativa, incrementando la tutela delle situazioni, dispiega gli effetti delle disposizioni comunitarie – soprattutto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – e della CEDU sui principi della Costituzione posti a garanzia dei diritti procedurali dell'imputato, arricchendoli; così, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali⁸.

Tra questi diritti va compreso il diritto alla stabilizzazione del risultato accertativo quando è condotto nel rispetto della legalità processuale – oltre che sostanziale –.

Di qui, la direzione dei ragionamenti in punto di rapporti tra giudicato e struttura della sentenza.

Perciò non si condivide l'ultima giurisprudenza e neppure la dottrina che vi si conforma⁹; le quali col-

⁷ A seguito di una raccomandazione della Commissione, il Consiglio, il 4 giugno 2010, ha adottato una decisione con la quale autorizzava l'avvio dei negoziati relativi ad un accordo di adesione. Il 5 aprile 2013 i negoziati si sono concretizzati in un accordo sui progetti di strumenti di adesione. In tale contesto, la Commissione, in qualità di negoziatore, il 4 luglio 2013, si è rivolta alla Corte di giustizia per ottenere il parere in merito alla compatibilità del progetto di accordo con il diritto dell'Unione conformemente all'art. 218, paragrafo 11, TFUE. Il 18 dicembre 2014, la Corte si pronuncia sul progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU concludendo che esso non è compatibile con le disposizioni del diritto comunitario. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Comunicato stampa n. 180/14*, Lussemburgo, 18 dicembre 2014, in www.curia.europa.eu

⁸ Da ultimo, in generale, RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta online*, 2015, fasc. I, 5 febbraio 2015.

⁹ Le ragioni del distinguo – che ancora una volta si traducono in mere questioni terminologiche – sono ampiamente spiegate da

legano il concetto di giudicato e/o di preclusione alla individuazione formale di capo o di punto della decisione¹⁰, tralasciando di leggere l'avvenimento – questo

DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevazione delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1947: « in tanto ha senso parlare di autorità di cosa giudicata nella misura in cui la stessa la si rapporti al concetto di capo della sentenza e cioè di quella parte corrispondente a ciascun reato e suscettibile di autonoma decisione. Non è, infatti, ipotizzabile il formarsi di un giudicato sui punti della decisione, afferendo gli stessi a quelle situazioni di fatto e di diritto di cui consta ciascun capo. In sostanza, se soltanto il c.d. capo della sentenza (a differenza dei c.d. punti) è suscettibile di un'autonoma decisione, è solo con riferimento a questo che si può parlare di giudicato come di accertamento di una situazione giuridica. Viceversa, se riguardo ai punti non è invocabile alcuna autorità di giudicato, quando la stessa (come nello specifico) viene impropriamente richiamata nel testo di legge, non può che collegarsi ad una volontà di precluderne ogni ulteriore valutazione. La disposizione di cui al c. 1 dell'art. 624 c.p.p., perciò, sembra porre al giudice di rinvio una mera preclusione processuale al riesame delle parti della sentenza non annullate rispetto alle quali il giudicato sostanziale si forma non immediatamente ma al momento della chiusura definitiva del processo; ossia «nel metaforico istante nel quale la soluzione delle vecchie questioni precluse si combina con quella escogitata dal giudice di rinvio sui temi riaperti dalla pronuncia della Corte e da questa somma logica viene fuori l'accertamento». A ben vedere, questa è l'unica interpretazione che riesce a fornire un elemento razioinante al dato normativo. In caso contrario, si dovrebbe prendere atto che l'autorità di giudicato è opponibile anche ai singoli punti della decisione. Se così fosse occorrerebbe prevedere un ne bis in idem anche rispetto a questi ultimi. L'impostazione, se nelle conclusioni è contraddetta dalla costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, laddove si abbia riguardo alle cadenze argomentative che sostengono quelle decisioni parrebbe viceversa condivisa. Infatti, dopo essersi riconosciuta autorità di cosa giudicata non solo ai capi ma anche ai punti della decisione si è precisato come col riferimento al giudicato non si «intend(a) riferirsi né al giudicato in senso sostanziale, né all'intrinseca idoneità della decisione ad essere posta in esecuzione, bensì soltanto all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione». Si ammette, quindi, come nel caso di specie il richiamo alla «cosa giudicata» abbia la sola funzione di ritagliare il limite del potere decisorio del giudice di rinvio. Ne deriva, sia pure attraverso una confusione terminologica e tecnica, una conferma del valore endoprocessuale della preclusione del giudice di rinvio a prendere cognizione delle parti della sentenza non oggetto di annullamento e priva di un rapporto di connessione essenziale con quella annullata.

¹⁰ ... quando non addirittura alla sede e alla natura della sentenza: «(...) se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata: è dunque indubbiamente riconosciuta dalla legge l'autorità del giudicato sia ai capi che ai punti della sentenza non oggetto di annullamento. È vero che tale effetto non rappresenta l'espressione di un principio applicabile al di fuori della specifica situazione dell'annullamento parziale, dato che il precetto detta una regolamentazione particolare, attinente unicamente ai limiti obiettivi del giudizio di rinvio, la quale, dunque, è legata indissolubilmente alle peculiari connotazioni delle sentenze della Corte di cassazione ed alla intrinseca irrevocabilità connaturata alle statuizioni dell'organo posto al vertice del sistema giurisdizionale, di talché, nel corso del giudizio ordinario di cognizione, sui punti che non costituiscono oggetto di gravame non si forma il giudicato, ma solo una preclusione al loro esame, con la conseguenza che, non

è il dato che, invece, rileva – secondo linee ermeneutiche di rivelazione del significato della sentenza come fatto, prima ancora della sentenza come atto (= struttura), che accerta la fondatezza della notizia di reato e che decide sulla esistenza delle condizioni per irrogare la sanzione.

Voglio dire che il tema dei rapporti tra giudicato e struttura della sentenza comporta la necessità di distinguere la dichiarazione della responsabilità come atto giuridico (art. 581 lett. a) c.p.p.) a cui si collegano determinate conseguenze giuridiche (= atto di accertamento; sentenza-atto), dalla affermazione della responsabilità come fatto. Quest'ultima, a sua volta, è rappresentata dall'attività di accertamento in cui opera una peculiare mescolanza di profili oggettivi e soggettivi, di compiti dei soggetti ad essi delegati e di fatti e di atti su cui cade l'opera decisoria del giudice (= fatto di accertamento; sentenza-fatto)¹¹.

Le ragioni del dissenso riguardano innanzitutto il metodo; immediatamente dopo, la individuazione del valore ontologico del giudicato (e/o della preclusione). Quest'ultimo – qui basti solo l'accento – per noi, non deriva soltanto dalla irrevocabilità – che definiamo qualità del giudicato, direttamente collegabile alla sentenza-atto, dipendente dalla volontà delle parti e dal sistema dei controlli –; ma l'obiezione non può essere circoscritta all'atto-sentenza e alla nozione di capo piuttosto che di punto della decisione. Essa dipende dal fatto-sentenza, ovvero dal processo di accertamento del fatto e della responsabilità; percorso che passa per decisioni intermedie, ma che in ogni caso incrocia il *thema decidendum* e i dati processuali, tutto ciò che attiene alla argomentazione delle prove, nonché – e non da ultimo – il rispetto delle regole poste a presidio della tutela dei diritti procedurali dell'imputato. Esiste, infatti, da un lato, una correlazione processuale necessaria tra giurisdizione/accertamento e giudicato¹²; dall'altra, un rapporto sostanziale inscindibile tra

essendo intervenuta decisione irrevocabile sull'intero capo, è sempre applicabile la causa di estinzione sopravvenuta». *Cass.*, 27 novembre 2014, n. 2479, *inedita*. Conformi, *Cass.*, 16 gennaio 2014, n. 52381, *inedita*; *Id.*, 17 ottobre 2013, n. 44949, in *CED Cass.*, n. 257314.

¹¹ Per la messa a punto dei concetti, sia pure in relazione al diverso tema dell'interpretazione, RICCIO, *Note su interpretazione della legge e accertamento della responsabilità*, in *Pol. dir.*, n. 1, 1991, p. 119 ss. L'A. ritorna sui concetti di sentenza-atto/sentenza-fatto in tema di rapporti tra travisamento del fatto e travisamento della prova: RICCIO, «Travisamento della prova» e *giudizio di legittimità*, in *Giust. pen.*, 2011, c. 523 ss.

¹² ... sicché, i vizi di legalità del primo binomio si riflettono sul secondo termine, rendendolo recessivo. Dunque, in sintesi la nostra idea: se le regole sono rispettate, l'accertamento contenuto nella sentenza divenuta irrevocabile è definitivo, incontrovertibile; diversamente, quello deve essere rimediato, nonostante la irrevocabilità della sentenza stessa. In altri termini: alla irrevocabilità della sentenza-atto non segue fisiologicamente la intangibilità della sentenza-fatto. Di qui, la relatività del giudicato; piuttosto che la sua stabilità. Si dirà altrove.

condotta (oggetto dell'accertamento)/accertamento e giudicato¹³. A sua volta, le interrelazioni tra i profili testimoniano che la forza dimostrativa dirompente del giudicato, capace di rendere incontrovertibile la rappresentazione dei fatti compiuta nel giudizio di merito, va individuata nella giustezza del ragionamento probatorio del (di quel) giudice, prima ancora che nella struttura della sentenza.

Il discorso non cambia per le preclusioni¹⁴.

In entrambe le situazioni, quel giudizio di relazione tra fattispecie e giudizio impegna la ricerca dei principi che regolano il sistema e lo studio delle interrelazioni tra questi e gli elementi che intervengono nel giudizio di responsabilità, stabilendo che l'accertamento del fatto o di profili di esso rappresenta l'elemento comune del vincolo, nella misura in cui, se non viene gravato consuma l'attività dovuta dal giudice, impedendone il rinnovarsi.

Ebbene, se il distinguo non è avvertito; se si persiste nella riferita ermeneutica giurisprudenziale; se si confondono punti della decisione ed ambito decisorio del giudice di merito; se non si comprende che solo facendo riferimento all'accertamento contenuto nel fatto-sentenza possono giustificarsi preclusioni endo-procedimentali e divieto di *reformatio in peius*, acquista elevata legittimità il nostro dissenso rispetto alla soluzione offerta.

Il dissenso suggerisce di affrontare il tema dei riferiti rapporti esplorando nuovi itinerari culturali, giurisprudenziali, ordinamentali e sistemici, che si interessano al tema per dimostrare la criticità delle adottate linee ermeneutiche.

L'approccio è nuovo e muove innanzitutto dal rapporto tra giudicato/preclusioni e diritti procedurali dell'imputato, tenendo conto del progresso del processo di positivizzazione dei diritti fondamentali oltre i confini nazionali; del passaggio dal principio della «certezza del diritto» a quello della «certezza dei diritti»¹⁵; tutte prospettive che guidano (devono guidare) metodo e contenuti degli assetti normativi relativi al tema processo, ove il rapporto tra giustezza della decisione – e, a maggior ragione, del giudicato – acquista particolare sensibilità.

Infatti, se è vero che la Costituzione non dedica al processo penale disposizioni sistematicamente raccolte, è altrettanto innegabile che il settore dei diritti fondamentali dell'indagato/imputato si esprime attraverso una descrizione diffusa, comprensiva della enunciazione del principio di uguaglianza, della libertà personale, del diritto di agire in giudizio e di difendersi, della presunzione di non colpevolezza, della determinazione del giudice naturale, precostituito, terzo ed imparziale, del diritto al contraddittorio¹⁶. Appunto, una enunciazione inclusiva dei diritti procedurali.

Perciò l'osservazione si sposta su itinerari ricostruttivi dei diritti delle parti nel processo ritenuti pregnanti ai fini dell'esatta collocazione del giudicato/preclusione in un sistema di sistemi; ancora, specificamente, sul giusto equilibrio tra accertamento/giustezza del giudicato; infine, sulla esatta ricognizione delle posizioni e delle situazioni giuridiche soggettive protette nel e col processo.

Ora, se sul piano strettamente processuale non è estraneo alla tutela della posizione dell'imputato la maniera di produrre la verità, e quindi la necessità di rivolgere attenzione agli elementi che intervengono nel giudizio, nonché ai connotati essenziali del regime giuridico della responsabilità penale; ancora, se ad essa non sono estranee le regole per la conoscenza, né sono indifferenti il tipo ed il modo di giudizio attraverso i quali si realizzano la ricostruzione del fatto-reato ed il conseguente giudizio di responsabilità penale, allora, la intangibilità del giudicato non può che derivare esclusivamente dalla giustezza della sentenza-fatto che lo rappresenta; ovvero, dalla circostanza che l'accertamento in quell'atto contenuta è il risultato di un procedimento che ha garantito i principi del giusto processo raccolti nel e tutelati dal Preambolo penalistico della Costituzione, oggi ulteriormente arricchito dalle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal sistema della CEDU e dall'ordinamento dell'Unione europea.

Di conseguenza, il processo è giusto solo quando è assiologicamente orientato alla garanzia di tutti i valori costituzionali e sovranazionali coinvolti.

Le formule sono felici intuizioni di RUGGIERI, *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.rivistaaic.it, 2/2011; Ib., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, *ivi*, 1/2014.

¹³ «(...) il giudizio di merito ricostruisce il rapporto tra fatto e fattispecie come risultato necessario e consequenziale alla ricostruzione degli elementi storici che accertano l'avvenimento naturale, pur tenendo ben distinte le sfere materiali e giuridiche»: RICCIO, «Travisamento della prova» e *giudizio di legittimità*, in *Giust. pen.*, 2011, c. 520.

¹⁴ Si è consapevoli che le Sezioni Unite, sulla base del distinguo tra capi e punti della sentenza hanno affermato che la cosa giudicata si forma sul capo, nel senso che la decisione diventa irrevocabile soltanto quando sono diventate irrettrabili tutte le questioni necessarie per il proscioglimento o per la condanna dell'imputato rispetto ad un reato attribuitigli; mentre i punti della decisione possono essere oggetto della preclusione correlata all'effetto devolutivo delle impugnazioni ed al principio della disponibilità del processo in tale fase. Epperò, riteniamo che l'approdo rilevi soltanto in ordine al momento della declaratoria della eventuale causa di estinzione del reato nel caso in cui non sia stata impugnata la ritenuta colpevolezza dell'imputato; viceversa, che quello sia insignificante rispetto alla soluzione dei riferiti rapporti tra situazioni.

¹⁵ RICCIO, *Premesse politiche e regole ermeneutiche del rapporto Costituzione-Codice*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforme della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988, Appendice*, Napoli, 1988, p. 1 ss.

L'attenzione, dunque, si concentra sulla dimensione legale dell'iter che il giudice deve compiere per addivenire alla pronuncia. Perciò, se l'obiettivo fondamentale è quello di realizzare una decisione che sia risposta ad una domanda di giustizia (la sentenza-atto), è altrettanto connaturale al sistema (integrato) di garanzie che la decisione sia il frutto di un percorso, sostanziale e processuale, che assicuri la giustizia del processo e della decisione.

Ebbene, se spostiamo il discorso sulla struttura della sentenza, sotto il profilo sostanziale, quel percorso riporta ai temi generali che devono essere necessariamente affrontati dal giudice per la decisione e, per noi, definisce i punti della decisione. I punti, dunque, sono quelle decisioni intermedie che occorre assumere per raggiungere la decisione finale sul capo (= imputazione)¹⁷; quindi: l'accertamento del fatto storico, la riconducibilità all'imputato, la sussistenza di cause di giustificazione, l'elemento oggettivo e soggettivo del fatto-reato, le eventuali circostanze aggravanti od attenuanti e la loro comparazione, la determinazione della pena.

Questi profili costituiscono altrettanti presupposti per la ricostruzione del giudizio di responsabilità e, quindi, eventualmente, per la inflizione della sanzione. Di conseguenza, è innegabile la connessione strutturale e logica tra capo e punti: senza passare attraverso i punti non si può giungere alla decisione finale.

In altri termini, i tratti sostanziali del fatto, costituendo la fonte del giudizio di responsabilità manifestano non solo i punti di orientamento della ricostruzione di quel giudizio, ma definiscono pure il contenuto della specifica operazione (= l'accertamento giudiziale; atto di accertamento), residuando alla motivazione compiti di conoscenza del processo logico-ricostruttivo operato dal giudice e funzione di collegamento tra interpretazione ed applicazione della legge.

Su questi presupposti, se il fatto di accertamento è la risultante della progressiva chiarificazione della imputazione che mira all'atto di accertamento attraverso i punti che la presuppongono, sembra quanto mai improbabile – come pure ha stabilito la cassazione – non solo che la disamina giudiziale di aspetti della condotta dell'imputato non investa punti della decisione strettamente correlati alle imputazioni contestate, rispetto ai quali è fisiologico che nasca la possibilità delle parti di disporne, ma anche che ai punti della affermazione della responsabilità non si accompagni un effetto preclusivo che elimini ogni conflitto di apprezzamenti, in altra sede, rispetto ad una realtà giuridica già dichiarata.

Per rimanere in tema, se non si valuta il grado di compartecipazione morale e materiale dell'imputato nel reato di omicidio, scandagliandone entrambi i pro-

fili (= punti) non si può addivenire ad una pronuncia giusta – sotto il profilo strutturale e sostanziale¹⁸ – sulla responsabilità.

Sicché, se la rappresentazione del convincimento del giudice di merito in ordine alla condotta o ad un segmento di essa è esente da vizi strutturali ed ontologici; se non vi sono divaricazioni tra risultanze probatorie e (quel punto della) sentenza; se, perciò, la parte naturalmente interessata non avverte il bisogno del controllo circa la coerenza della ricostruzione dell'evento probatorio rispetto agli elementi esistenti nel processo o forniti dalle parti stesse col ricorso, e, dunque, della verifica su oggetto e modi di quel convincimento¹⁹, appare evidente che l'indagine completa sulla fondatezza del profilo della imputazione attinente la condotta o parte di essa, che a sua volta si rileva dalla completezza dell'accertamento del o di quel profilo del fatto, costituisce una preclusione cognitiva e decisoria per qualsiasi giudice, compreso il giudice del rinvio.

In questi termini, il risultato dell'accertamento sui punti della sentenza – intesi, giova ripeterlo, come cadenze argomentative che fondano il fatto di sentenza – diventa fatto preclusivo di una ulteriore e diversa verifica, in un giudizio differente, di quegli aspetti della ricostruzione del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato già definiti nella sentenza di merito e non sottoposti a controllo.

Pertanto, la perdita di questionabilità non deriva dalla catalogazione della situazione nel concetto di punto, quanto dalla circostanza che l'esame di quella (situazione) che possiamo pure definire punto ha esaurito la funzione attribuitigli dal legislatore (art. 597, c. 1; 609, c. 1, c.p.p.).

Ragionando secondo il binomio atto-scopo, se il punto rappresenta un presupposto della statuizione (= atto) sul fatto e sulla responsabilità e se la sua funzione (= scopo) è quella di circoscrivere il controllo vincolando nell'oggetto l'accertamento del giudice superiore, quando esso ha esaurito la sua funzione nella progressione processuale senza che il risultato accertativo sia stato messo in discussione dalle parti, rimane precluso il suo rinnovarsi, sia pure in un contesto eccentrico rispetto alla sede in cui s'è compiuto.

Nel caso di specie, il procuratore generale non ha impugnato il profilo ricostruttivo della responsabilità di F. A. rispetto alla partecipazione materiale all'omicidio, pur essendo quello un elemento del fatto e, nella qualità di tema dell'accertamento, pienamente disponibile.

In questa prospettiva, la preclusione derivata dalla stabilità accertativa del merito dei singoli punti della

¹⁷ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 748 ss.

¹⁸ La giustizia processuale è data dalla *legalità* dell'accertamento; vale a dire dal rispetto delle regole che guidano il libero convincimento del giudice. S'è detto.

¹⁹ ... come dimostra l'atteggiamento tenuto dal Procuratore generale che non impugna quella parte della sentenza.

sentenza non impugnata determina altrettante limitazioni al potere di cognizione del giudice del rinvio e la consunzione del suo potere di decidere; ed impediscono al titolare della fase rescissoria di riesaminare la questione decisa, e lasciata impregiudicata, dal giudice della fase rescindente.

Gli effetti (della preclusione) – analogamente a quanto avviene per (gli effetti del) il giudicato – vietandone la ripetizione, tutela non solo il valore che la stabilizzazione dell'accertamento assume nel contesto dei diritti procedurali dell'imputato (artt. 27, 2° c.; 24, 1° c., Cost.), ma finisce per garantire la effettività dell'esercizio della funzione di *ius dicere* dal rischio di un abuso del processo che si realizzerebbe attraverso la reiterazione di attività accertative superflue.

Su queste premesse il caso di specie non può che essere letto nel modo che segue: la Corte territoriale assolve un imputato dal concorso in omicidio, mentre condanna l'altro a titolo di concorso morale, escludendo, invece, il concorso materiale. Il pubblico ministero impugna in cassazione solo il capo della responsabilità limitatamente al punto "non ha commesso il fatto" relativo alla posizione del primo imputato, ignorando quelli diversi attinenti alla posizione del secondo imputato. Sicché, la mancata impugnazione di tali aspetti della sentenza (punti) da parte del procuratore generale si traduce in relativa acquiescenza alla relativa statuizione; con la conseguenza che è precluso il riesame del medesimo da parte del giudice del rinvio.

Detto in altri termini: se punto della decisione è una dimensione del fatto, dunque, della imputazione, quindi, del capo, «il ruolo assunto dal giudicabile [il secondo imputato, A.] nella ritenuta compartecipazione delittuosa», proprio in quanto tappa necessaria, passaggio logico-giuridico irrinunciabile per raggiungere una definizione del capo della sentenza, ovvero, l'affermazione (o la negazione) di responsabilità, diventa punto della decisione stessa e, come tale, suscettibile di impugnazione da parte del pubblico ministero. La acquiescenza di quest'ultimo rispetto al punto genera inevitabilmente una preclusione cognitiva e decisoria per il giudice del rinvio.

Si sconfessa così l'approdo della giurisprudenza in punto di rapporti tra giudicato/preclusioni/sentenza-atto.

La nostra affermazione, infatti, riconosce che giudicato e preclusioni, così come capo e punto fondano sull'accertamento e sulle connessioni teleologiche necessarie a generare la decisione del giudice, nonché la sua giustezza; non anche sulle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che definiscono i confini strutturali della sentenza (sentenza-atto).

Ciò che rileva ai fini preclusivi (e qui il termine preclusione è utilizzato nella sua eccezione letterale), insomma, sono gli itinerari dell'accertamento della fattispecie giudiziale, i cui risultati, nel caso di specie, impongono la acquiescenza del giudice del rinvio sulla

ricostruzione, in termini negativi, ad opera del giudice di merito, di quella porzione del fatto attinente alla partecipazione materiale dell'imputato alla esecuzione dell'attività delittuosa.

L'effetto è preclusivo: l'ordinamento conferisce il potere alla parte (art. 570 c.p.p.) e ne stabilisce il *modus* (art. 581 c.p.p.); questa non lo esercita o vi rinuncia (artt. 585, 589 c.p.p.); il potere si consuma (art. 650 c.p.p.); la consumazione del potere impedisce ad altro giudice – nel caso di specie, al giudice del rinvio – di prevedere diversi itinerari accertativi sul medesimo elemento del fatto (art. 648 c.p.p.).

Sicché, per stabilire entro quali limiti il fatto-accertamento ha efficacia vincolante nel giudizio di rinvio si deve necessariamente considerare il contenuto della imputazione (= capo) i cui elementi identificativi (= punti) sono rappresentati nella lett. b) dell'art. 417 c.p.p. e, dunque, l'incidenza della valutazione dei punti rispetto al capo relativo alla responsabilità.

Basterebbero queste osservazioni per negare efficacia alla sentenza della cassazione che ne ha offerto lo spunto.

3. Il giudicato nel sistema di protezione delle posizioni giuridiche soggettive protette. Cenni

Epperò, la novità dell'approccio ai temi offerti dalla giurisprudenza ci porta ad affrontare il problema specifico del rapporto tra accertamento/giudicato/struttura della sentenza da una diversa angolazione che, sia pure in maniera generale, tenga conto, in particolare, della tutela procedurale delle posizioni e delle situazioni giuridiche soggettive e che ricostruisca le questioni riferite partendo dalla concezione del processo penale come forma di strumento di tutela di quelle situazioni²⁰, che si trasmette al primo (al giudicato) in vista della garanzia della giustezza del risultato accertativo e, di conseguenza, della sua certezza e stabilità; non anche (solo) quanto al trattamento sanzionatorio. Qui, i valori tutelati sono quelli della personalità, della proporzionalità e della rimproverabilità desumibili dal terzo c. dell'art. 27 Cost. che investono la funzione della pena dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione; i quali, a loro volta, sono presidiati dalla legalità della pena; ovvero, dalla sua giustezza. La ingiustizia della pena, perciò, rende rescissivo il giudicato maturato sulle accertate condanne; ma lascia impregiudicata la intangibilità dell'accertamento della responsabilità che la presuppone.

I ragionamenti che seguono, al contrario, non riguardano quella legalità, né coinvolgono i principi costituzionali della funzione rieducativa della pena e/o lo stesso principio di legalità; temi risolti, peraltro, di recente dagli approdi delle Sezioni Unite della Corte

²⁰ RICCIO, *Introduzione allo studio dei diritti procedurali nel processo penale*, in *Ideologie e modelli del processo penale*, Napoli, 1995, p. 16.

di cassazione²¹, anche se il significato totalizzante at-

²¹ Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858.

Il 31 gennaio 2014 era stata rimessa alle sez. un. la seguente questione di diritto: «Se la dichiarazione della illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale, diversa dalla norma incriminatrice (nella specie l'art. 69 c.p., c. 4, in parte de qua, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012), comporti, ovvero no, la rideterminazione della pena *in executivis*, così vincendo la preclusione del giudicato». La Corte ha risposto in maniera affermativa osservando che chi è stato condannato ad una pena determinata anche alla luce del citato divieto di prevalenza, poi dichiarato illegittimo, ha subito la applicazione di una «pena illegittima sia sotto un profilo oggettivo, in quanto derivante dalla applicazione di una norma di diritto penale sostanziale dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile, sia sotto il profilo soggettivo, in quanto, almeno per una sua parte, non potrà essere positivamente finalizzata alla rieducazione del condannato e costituirà, anzi, un ostacolo al perseguimento di tale scopo perché sarà inevitabilmente avvertita come ingiusta da chi la sta subendo, per essere stata determinata dal giudice nell'esercizio dei suoi legittimi poteri, ma imposta da un legislatore che ha violato la Costituzione». Il diritto fondamentale alla libertà personale – scrive la Corte – «deve prevalere sulla intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente alla applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della pena, dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale dopo la sentenza irrevocabile». Il compito di rimuovere tale illegittimità compete al giudice dell'esecuzione, che deve procedere a quel giudizio che era stato illegittimamente inibito al giudice del merito dal divieto poi ritenuto costituzionalmente illegittimo. Ovviamente – precisano i giudici – il giudice dell'esecuzione non avrà la stessa libertà del giudice del merito, dovendo procedere nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione: ossia potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio per ragioni di merito (cioè indipendentemente dal divieto di prevalenza di cui all'art. 69 c. 4 c.p.); in altri termini, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice del merito così come risultanti dal testo della sentenza irrevocabile. Infine, ove il giudice dell'esecuzione ritenga prevalente sulla recidiva la circostanza attenuante di cui all'art. 73, c. 5, d.P.R. n. 309 del 1990, ai fini della rideterminazione della pena dovrà tenere conto del testo di tale disposizione come ripristinato a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 che, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità della legge Fini Giovanardi.

In conclusione, sono stati affermati i seguenti principi di diritto: a) l'irrevocabilità della sentenza di condanna non impedisce la rideterminazione della pena in favore del condannato, quando interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sul trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non sia stato interamente eseguito, pur se il provvedimento 'correttivo' da adottare non è a contenuto predeterminato; b) il giudice dell'esecuzione, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, 4° c., c.p., nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante di cui all'art. 73, c. 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva di cui all'art. 99, 4° c., c.p., può affermare la prevalenza dell'attenuante anche compiendo attività di accertamento, sempre che tale valutazione non sia stata esclusa dal giudice della cognizione; 3) al pubblico ministero, in ragione delle sue funzioni istituzionali, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, spetta il compito di richiedere al giudice dell'esecuzione l'eventuale rideterminazione della pena inflitta anche in applicazione dell'art. 69, 4° c., c.p., nel testo dichiarato

tribuito alla intangibilità del giudicato sanzionatorio è stato da tempo profondamente ridimensionato²².

Il nostro punto di analisi ha ad oggetto la legalità processuale; che, attraverso il richiamo degli artt. 101, 2° c.; 103; 107, 1° c.; 108; 111 Cost., convoglia la teorizzazione dei connotati essenziali del processo sui

costituzionalmente illegittimo, pur se il trattamento sanzionatorio sia già in corso di attuazione. Sulla sintesi: *Stupefacenti: spaccio di lieve entità e rideterminazione della pena – Sezioni Unite 42858/2014*, in www.giurisprudenzapenale.com

²² Precedentemente, già la Corte costituzionale con la sentenza n. 210 del 18 luglio 2013 (in www.giurcost.it) aveva previsto la possibilità per il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Scoppola c. Italia del 2009, di sostituire la pena dell'ergastolo inflitta all'esito del rito abbreviato con la pena di trenta anni di reclusione, modificando in tal modo il giudicato con l'applicazione della legge più favorevole tra quelle succedutesi. Su tale premessa, dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 7 del decreto legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, unicamente per il primo c. e con riferimento all'art. 117, 1° c., Cost., in relazione all'art. 7 CEDU.

A distanza di due anni dalla sentenza costituzionale, si sono pronunciate le Sezioni unite della Corte di cassazione; le quali, con la sentenza n. 18821 del 24 ottobre 2013 (Ercolano) hanno stabilito che se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima; e in uno Stato di diritto non può non esserci un giudice che faccia cessare l'esecuzione di una tale pena, ovvero la riduca a misura legittima, una volta che sia stata dichiarata l'illegittimità della legge sulla cui base essa è stata inflitta.

Sul *limite* determinato dal mutamento giurisprudenziale, la situazione, invece, è più complessa. Le Sezioni Unite, con sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010 hanno stabilito che «il mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata». Conforme, Cass., 1 aprile 2014, n. 27702, *inedita*.

Successivamente è intervenuta la Corte costituzionale; che, con la sentenza n. 230 dell'8 ottobre 2012 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato. In quella occasione la Corte ha, tra l'altro osservato, che «non può ritenersi manifestamente irrazionale che il legislatore, per un verso, valorizzi, anche in ossequio ad esigenze costituzionali, la funzione monofilattica della Corte di cassazione, e delle Sezioni Unite in particolare – postulando con ciò, che la giurisprudenza successiva si uniformi “tendenzialmente” alle decisioni di queste ultime – e, dall'altro, ometta di prevedere la revoca delle condanne definitive pronunciate in relazione ai fatti che, alla stregua di una sopravvenuta diversa decisione dell'organo della monofilachia, non sono previste dalla legge come reato»; tanto, in quanto «a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della monofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

principi e sulle regole degli artt. 24; 25, 1° c.; 101; 111; 112; 27, 2° c. Cost.

Del resto, la codificazione costituzionale del giusto processo evidenzia che l'impianto processuale attuale è «frutto di una scelta di legalità», espressiva di un potere giudiziario obbligato a tollerare i «limiti di legalità alla sua funzione di accertamento»²³.

L'impegno è su due fronti: la ricerca dei principi che regolano il sistema in virtù del quale un soggetto può essere chiamato a rispondere della violazione di una norma penalmente sanzionata e lo studio delle interrelazioni che intercorrono tra quei principi e gli elementi che intervengono nel giudizio di responsabilità.

La visione è orientata alla tutela dell'individuo e alla realizzazione dei valori fondamentali della persona nel processo e rinviene il suo fondamento nella peculiare natura degli interessi che vi sono coinvolti con riferimento alle situazioni soggettive protette nel e dal processo, principalmente, ai diritti procedurali, rispetto ai quali il giudicato assume – giova ripeterlo – una funzione di tutela. L'attenzione è rivolta alla responsabilità penale; principalmente alla giustezza delle modalità con cui si attua il processo di imputazione del fatto al soggetto; che, se da un lato, determina la relatività del giudicato nei casi in cui risulti viziata²⁴ (e cioè quando il risultato sia stato il frutto di una sentenza ingiusta sul fronte del giudice e/o sul fronte del processo e/o sul fronte del metodo cognitivo), dall'altro, e in via speculare, ne impone la intangibilità quando il percorso argomentativo non genera dubbi di legalità.

Insomma, la criticità della affermazione della intangibilità del giudicato intesa come principio generale è rappresentata dal suo valore di accertamento e si manifesta in un tutta la sua pregnanza se la si colloca (la intangibilità) nel rapporto tra regole del processo e diritti della persona, questi ultimi considerati anche nella loro dimensione transnazionale di tutela.

In questo contesto, la tutela giurisdizionale dei diritti deve avvenire in un processo legale, in cui le regole processuali non rispondono a meri bisogni di ricerca della verità reale o sostanziale, ma sono poste a garanzia dei diritti delle parti, nonché della stessa affidabilità della conoscenza acquisita; (deve avvenire in un processo in cui) le esigenze dell'accertamento si coniugano al rispetto delle regole attraverso cui l'operazione si compie; in un processo destinato a concludersi, per ciò solo, con un provvedimento avente attitudine alla intangibilità del giudicato (perciò, intangibilità come obiettivo) e dell'accertamento in esso contenuto. La

stabilità del risultato del processo giusto, a sua volta, assicura la garanzia della certezza del diritto, inerente allo Stato di diritto²⁵.

A questo punto la nostra idea appare chiara: non crediamo che il valore ontologico del giudicato possa essere espresso, attualmente, nella assolutezza della sua intangibilità oppure possa dipendere dalla struttura della sentenza come atto (art. 581, lett. a) c.p.p.) – cioè dalla distinzione tra capi e punti –; esso deriva, viceversa, dal giudizio giusto inteso come garanzia costituzionale e sovranazionale.

Se ragioniamo nel perimetro fissato dal combinato disposto degli artt. 11, 117, 1° c., prima parte; 117, 1° c., seconda parte, Cost., appare chiaro che un processo non giusto – cioè carente sotto il profilo delle garanzie – non è conforme al modello costituzionale integrato²⁶, nella misura in cui viola le garanzie costituzionali del Preambolo penalistico e quelle contemplate nei modelli sovranazionale. L'esito cognitivo a cui perviene il processo ingiusto, pertanto, finisce per risentire del vizio di garanzia che lo ha colpito e, per questo, non può stabilizzarsi, anche se la sentenza-atto diviene irrevocabile. Di contro, il giudizio legale di responsabilità o di negazione della responsabilità di un soggetto che ha commesso un fatto o una porzione di esso qualificato criminale dall'ordinamento che non abbisogna, perciò (perché è legale), di controllo, deve essere idoneo a sottoporre definitivamente il soggetto (rispettivamente) alla pretesa punitiva dello Stato o liberarlo dalla soggezione all'azione penale.

Messa in questi termini, la intangibilità è sempre effetto della sentenza o della parte di essa non impugnata quando l'accertamento abbia soddisfatto i bisogni di partecipazione dell'imputato allo svolgimento del processo, oltre al diritto di assistervi, di ascoltare e di seguire il dibattimento, nonché i suoi bisogni di informazione, vale a dire, quelli relativi al diritto alla prova. Si deve aver riguardo, cioè, alla idoneità della sentenza (atto) o di parti di essa a soddisfare le esigenze di tutela della persona, in particolar modo, quelle sottese all'accertamento giudiziale.

La conseguenza è palese: l'esaurimento degli ordinari strumenti di controllo della sentenza e/o la decadenza del diritto delle parti all'impugnazione o l'acquiescenza rispetto a statuizioni precedenti attribuiscono alla sentenza definitività non solo come atto, ma anche come fatto, la stabilità del merito (sentenza/fatto) dal momento che la legalità processuale assicura la tutela dei diritti procedurali dell'imputato coinvolto nel processo e protetto nel e dal processo. Tanto, a prescindere dalle catalogazioni giurisprudenziali, nonché dalle distinzioni terminologiche – come quella tra capo e punto, giudicato e preclusione, giudicato in

²³ DINACCI, *Introduzione. Verso un costituzionalismo dei valori*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, pp. XIV-XV.

²⁴ Questi scenari, rispettivamente rappresentati, con i dovuti distinguo, dalla revisione successiva a condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla rescissione del giudicato, rappresentano le linee essenziali della filosofia dei ragionamenti che seguiranno in altra sede.

²⁵ Sul rapporto tra stato di diritto/Stato democratico, PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 1997, p. 77 ss.

²⁶ Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, in www.giurcost.it

senso formale e giudicato in senso sostanziale – «che tanto allietano i *clubs* accademici»²⁷.

Dunque: la irrevocabilità dell'atto cristallizza la decisione sul fatto se si accompagna alla legalità della decisione stessa.

Il ragionamento appare ulteriormente chiarito se si specula sul rapporto tra principi del giusto processo (artt. 24, 2° c.; 111, 1° c.; 111, 2° e 3° c., Cost.) e regole che li garantiscono (artt. 190 [495,496] c.p.p.): se l'accertamento del fatto è il risultato di un percorso condotto seguendo vie legali, cioè nel rispetto dei diritti procedurali riconosciuti all'imputato sul fronte del giudice, sul fronte del processo e sul fronte del metodo cognitivo, si crea una preclusione in ordine a quell'accertamento, indipendentemente dalla definizione tra capo e punto della sentenza che perciò appare mera questione terminologica. Ragionare diversamente metterebbe in pericolo il valore garantista delle regole di tenuta della legalità del processo, nonché la sua struttura democratica.

Ora, che la limitazione operi riguardo a tutte le statuizioni intermedie attinenti al fatto da cui dipende la decisione finale, lo dimostra il segmento normativo che combina gli artt. 27, 2° c. Cost.; 6, paragrafo 2 CEDU; 11 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; 14, paragrafo 2 Patto internazionale; 48 CDFUE. Questo, in particolare, presenta il giudicato come stabilizzazione della verifica del fatto e della responsabilità nella prospettiva del rapporto tra presunzione di non colpevolezza e legalità del giudizio²⁸; non anche – come pure è stato ritenuto in dottrina – «legando la copertura della presunzione di innocenza al raggiungimento della “prova legale della colpevolezza”»²⁹. È il primo, non l'altro – non potrebbe esserlo³⁰ – il signi-

ficato del richiamo al connotato della legalità presente nelle fonti sovranazionali; che non può essere ignorato nella misura in cui la presunzione di non colpevolezza è innanzitutto principio, là dove assurge a canone oggettivo di legalità del processo. Specificamente, essa è principio politico, in quanto risente della correlazione tra processo penale e scelte politico-costituzionali dell'ordinamento giuridico che lo ospita e lo governa.

Ebbene, se ieri il valore politico che si affermava in quella disposizione rispondeva al bisogno di capovolgere un impianto processuale autoritativo, frutto di una politica di regime che la Costituzione cancellava alla radice; e se la regola – appartenendo al Preambolo penalistico della Costituzione – riceveva forza politica e vigore ideologico dalla funzione di rottura col passato che le si assegnava³¹, oggi la prospettiva è cambiata. Le scelte del legislatore costituente del 2001 (art. 117, 1° c. Cost.) hanno rafforzato il risalente atteggiamento (artt. 10 e 11 Cost.), riconoscendo la dimensione sovranazionale del Preambolo penalistico della Costituzione, nell'intento di attuare la preminenza del carattere ontologico dei diritti procedurali, rispetto al quale il dato positivo sembra dover segnare il passo.

In questo contesto, il principio (di non colpevolezza) concepisce la presunzione in termini di diritto procedurale fondamentale – di garanzia procedurale individuale; di posizione giuridica soggettiva protetta –, la cui destinazione è quella di dare un contenuto concreto al diritto, questo più ampio, ad un equo processo.

Infine, la presunzione funziona come regola (di giudizio) quando detta le coordinate dirette a disciplinare i modi della conoscenza del giudice (= combinato disposto degli artt. 192; 546 c. 1 lett. e); 606, c. 1, lett. e); 533 c. 1, c.p.p.).

È questo il senso della linea normativa degli artt. 3; 101, 2° c.; 27, 2° c.; 13 ss; 25, 1° c.; 111 Cost.; 117, 1° c. ultima parte; 6 CEDU; 6, paragrafo 3 TUE; 11; 117, 1° c. prima parte, Cost.; 47, 48, 50 CDFUE (art. 6 paragrafo 1 TUE); 81, paragrafo 2, lett. b), TFUE; la quale segna il passo della soccombenza dell'interesse della collettività alla pretesa punitiva dello Stato a favore della primazia della tutela delle posizioni e delle situazioni soggettive protette, o, quanto meno, riduce lo scompenso che la salvaguardia del primo ha prodotto nei confronti della garanzia della seconda.

Su questo terreno fonda la lettura politica ed integrata del principio; la quale esprime, appunto, la volontà dell'ultimo legislatore costituente di accorsare la preminenza della cultura dei diritti individuali di una visione garantista, rafforzata, dello Stato di diritto; la quale poggia non solo sul riconoscimento di questi (diritti), ma anche sulla loro effettiva protezione.

dovrà provvedere, nei modi rituali, ad espungere le norme sovranazionali in contrasto.

³¹ RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali*, cit., pp. 80-81.

²⁷ Letteralmente, IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 744.

²⁸ Il richiamo alla *legalità* dell'accertamento della colpevolezza dell'imputato ritorna pure nella recente Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. COM (2013) 821 del 27 novembre 2011.

Sul punto, in data 15 dicembre 2014, in occasione dell'audizione del Ministro della giustizia sul Consiglio Giustizia e Affari interni del 4 e 5 dicembre 2014, il consiglio ha raggiunto un accordo generale sulla Proposta di direttiva, presentando un testo globale di compromesso, sostenuto da tutte le delegazioni, sulla base del quale inizieranno al più presto i negoziati di codecisione con il Parlamento europeo.

²⁹ PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 81.

³⁰ Le ragioni sono chiare: considerato che il processo penale fonda sul *sistema legale di prova* che ripudia la *valutazione normativa* della colpevolezza, tipica, viceversa, di un *sistema di prove legali*; e che il *sistema legale* si manifesta nel combinato disposto degli artt. 112; 24, 2° c.; 111, 2° c.; 111, 4° c., Cost., aderire al riferito orientamento dottrinale significherebbe ammettere la efficacia di disposizioni convenzionali (6, paragrafo 2 CEDU; 11 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; 14, paragrafo 2 Patto internazionale) e comunitarie (art. 48 CDFUE) in aperto contrasto con i principi costituzionali fondamentali. Situazione, è noto, che invece, impone l'intervento della Corte costituzionale, la quale

Come a dire che lo Stato trae legittimazione da quelli e, prima ancora, la sua capacità di rinnovarsi.

Ancora. La costruzione sovranazionale della presunzione come diritto fondamentale teso, con gli altri (il Preambolo), a preservare il rispetto del diritto a un equo processo, ne svela il fondamento nel valore dell'individuo; che, inevitabilmente, nega a monte la possibilità di presumere la colpevolezza dell'imputato attraverso meri giudizi di valore – come tali, non vincolati a tassative previsioni legali –, piuttosto che dimostrarla attraverso un processo che presupponga motivazioni giudiziali cognitive ed impone, a valle, la stabilizzazione della decisione quando la presunzione si consuma in una dichiarazione di responsabilità o, ancor più, di innocenza.

Ebbene, se questa è la dimensione del fenomeno, insistere sulle differenze concettuali capo e punto della sentenza è operazione non più attuale.

Il problema è diverso, inesplorato e si aggancia al come deve operare la non colpevolezza in un sistema integrato di tutela dei diritti procedurali dell'imputato per (contribuire a) garantirne la effettività, considerato che l'art. 27, 2° c. Cost. è norma sulla responsabilità e che, nella qualità, introduce un concetto di relazione, ovvero di rapporti tra fatto, giudizio (= accertamento) e sanzione. Anzi, essa esprime il suo contenuto proprio nel fornire i profili delle situazioni giuridiche soggettive del e nel giudizio che sfocia nella irrogazione della sanzione; specificamente, la presunzione stabilisce le regole che governano la imputazione (= attribuzione) del fatto al reo e l'applicazione della pena³².

Sotto quest'ultimo profilo, la linea normativa degli artt. 27, 1° e 3° c.; 111, 2° c., Cost. dimostra la necessità (di diritto) sostanziale di ancorare la pena alla garanzia della legalità processuale, ovvero al giudizio di responsabilità, per non svuotarla di significato, privandola dei punti essenziali di riferimento e di orientamento per la sua irrogazione e la sua determinazione³³.

³² Già CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, V, Prato, 1881, p. 17 ss. rilevava l'intimo rapporto tra *presunzione di innocenza e giusto processo*, modernamente inteso: «l'intera scienza penale fa della presunzione di innocenza la sua bandiera per opporla allo accusatore e allo inquisitorie, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti che sieno freno all'arbitrio, ostacolo all'errore, e per conseguenza protezione di quello individuo»; sicché, «la scienza penale non ha che una sola parola: fate questo perché l'uomo da voi preso in sospetto è innocente; e voi non potete negare la sua innocenza finché non avete dimostrato la sua reità; né potete raggiungere siffatta dimostrazione se non correte per questa via che io vi segno».

³³ In questa prospettiva, qualsiasi logica contraria sfugge completamente ai principi di politica criminale della meritevolezza della pena e del «bisogno di pena in rapporto alla condotta umana» (VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, p. 64) e abbandona del tutto i presupposti di metodo e normativi di un sistema penale orientato ai principi dello Stato sociale di diritto. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, p. 124.

Nel caso particolare del giudicato, poi, la disposizione costituzionale riguarda il nesso tra metodo legale di accertamento e intangibilità dell'accertamento. Il nesso, a sua volta, realizza la metamorfosi del rapporto tra irrevocabilità della sentenza-atto ed intangibilità della sentenza-fatto così come inteso coralmemente dalla dottrina, nonché delle interrelazioni tra punti della decisione, motivi e preclusioni. Sul primo fronte, il rischio di ritenere la intangibilità come fisiologica conseguenza della irrevocabilità è quello di creare presunzioni di verità legale dei *dicta* contenuti nelle sentenze definitive, il cui carattere imperativo, prima che cognitivo, finisce inevitabilmente per mettere in crisi il principio di legalità del giudizio, che, solo, garantisce dalla discrezionalità del giudice sul se, sul quando, sul come del giudizio stesso. Sul secondo fronte, invece, il pericolo è di mettere in crisi la stabilità del risultato a cui perviene il giudice di merito, anche nell'ipotesi in cui l'atto e la sua rappresentazione siano esenti da vizi.

In altri termini: la preclusione cognitiva e decisoria del giudice del rinvio dipende dal fatto che l'accertamento contenuto nella sentenza-atto è il risultato di un percorso logico-giuridico che sorregge la decisione, a sua volta garantita dal rispetto, nel processo di accertamento, della posizione giuridica soggettiva dell'imputato attraverso la tutela delle situazioni giuridiche riconosciutegli dall'ordinamento

A questo punto, anche le speculazioni su questo nuovo profilo della questione conducono a risultati analoghi. Le ricadute in punto di preclusioni devolutive appaiono indubbie: se il giudice di merito dichiara che non risulta dimostrata la partecipazione dell'imputato alla esecuzione dell'attività delittuosa; se l'accertamento sul punto è stato condotto con oggetto e modi legali; se le parti non hanno avvertito l'esigenza del controllo, ciò significa che quell'accertamento produce effetti stabilizzanti, per cui, per quella parte, l'esito del giudizio non può essere messo in discussione.

Dunque: la presunzione di non colpevolezza tutela la posizione giuridica soggettiva dell'imputato dal rischio di un giudizio illegale. Il giudicato, a sua volta, presidia la garanzia della stabilità dell'accertamento legale. Specularmente: la presunzione stabilisce il principio secondo cui un soggetto non può essere dichiarato colpevole se non a seguito di un accertamento legalmente condotto. La effettività della garanzia, dal canto suo, è tutelata dalla stabilizzazione dell'accertamento quando è condotto secondo criteri di legalità che riguardano (devono riguardare) innanzitutto il *quomodo* (sostanziale e processuale) del processo, prima ancora che il *quantum* della pena³⁴.

³⁴ «Il giudice dev'essere libero nel suo convincimento e nella decisione: il che significa, tuttavia, libertà da condizionamenti, pressioni e dipendenze esterni, non però discrezionalità pura e arbitraria che si muove al di fuori dei «percorsi di verità» delineati dalle regole epistemologiche del codice di rito»: CANZIO, *Il processo penale tra verità e dubbio*, in *www.penalecontemporaneo.it*,

Ciò comporta che, prima che l'accertamento si sia perfezionato, la presunzione si attegga come regola di giudizio che influenza le modalità di ricostruzione del fatto controverso ed il momento formativo della decisione sulla responsabilità; dopo che la sentenza, o parti di essa, siano divenute irrevocabili, essa, in qualità di principio, tutela la posizione dell'imputato che è stato giudicato – ancor più se in termini di innocenza – attraverso la intangibilità del giudicato.

Non potrebbe essere diversamente, per noi il principio non investe solamente lo status dell'imputato durante il processo ed il trattamento da riservargli prima della sentenza definitiva di condanna, ma coinvolge la genesi logica della decisione ed il contenuto della sentenza producendo effetti garantisti che si espandono oltre la irrevocabilità della sentenza-atto.

In definitiva, non v'è dubbio che «l'emissione di provvedimenti idonei ad acquistare autorità di giudicato costituisca uno dei principali strumenti per la realizzazione del compito di tutela giurisdizionale dei diritti affidato alla autorità giudiziaria»³⁵; epperò, bisogna specificare che la idoneità della sentenza alla intangibilità della statuizione sulla responsabilità in essa contenuta non va riferita soltanto alla previsione dei poteri di controllo riconosciuti alle parti rispetto alla struttura della sentenza, piuttosto, alla circostanza che i compiti di tutela affidati al giudice si siano realizzati nel e attraverso il giudizio condotto secondo i principi del giusto processo e controllabili attraverso la motivazione³⁶.

27 maggio 2011.

³⁵ Corte cost., 7 novembre 2007, n. 364.

³⁶ Cass., 6 novembre 2014, C.; Id., 28 novembre 2013, F.; Id., 26 settembre 2013, R.; Id., 11 settembre 2012, L.

Potere di delega: tentativo di fuga dalle responsabilità?

abstract

This work has its starting point in that very system dysfunction monitoring board which is characterized, in its original structure – from the United States – for a lower standard of care borne by the administrators.

In the Italian, both before and after the reform of company law in 2003 that turned the board from management body (managing board) to control body of management (monitoring board), it has developed a different concept of duty supervisory making lever on specific powers and duties of delegating and allocating the generic profile of care altogether.

On closer inspection there are different reasons, some of them quite convincing, to set the duty of vigilance on the concept of care, which summarizes their last effort and required by administrators; administrators capable in theory of self-regulatory procedures, timing and terms of the distribution of the care required by the various control activities.

It is of fundamental importance in the activity of the study that we are addressing the issue, far from linear, the exercise of the power of attorney. Then not overlook the many critical issues that the duty of care and duty of supervision imply.

With regard to the “diligence”, just think of the difficulty in identifying, ex ante, the proper standard of conduct and then verify, ex post, respect; not reasonably negligible, are, then, the cognitive limits closely related to the “supervision” of any body responsible for this, which is, by documentary, in a position asymmetrical with respect to the subject agent because characterized by awe informative and not only that to prevent, generally, the achievement of an optimal control.

And, finally, the attention will focus on the profiles of the criminal law liability of directors and delegating on issues related to the cd. “Warning signals”.

keywords

Company law: criminal liability – Administrators.

abstract

Il presente lavoro ha il suo punto di partenza proprio in quella disfunzione del sistema di monitoring board che si caratterizza, nella sua originaria struttura – di provenienza statunitense – per un basso livello di diligenza gravante sugli amministratori.

Nell’ordinamento italiano, sia prima che dopo la riforma del diritto societario del 2003 che ha trasformato il consiglio di amministrazione da organo di gestione (managing board) ad organo di controllo della gestione (monitoring board), si è sviluppato un concetto diverso di dovere di vigilanza facente leva su poteri e doveri specifici dei deleganti ed accantonando il profilo generico della diligenza tout court.

A ben vedere diverse sono le ragioni, alcune anche piuttosto convincenti, per impostare il dovere di vigilanza sul concetto di diligenza, il quale ultimo sintetizza proprio lo sforzo richiesto dagli e agli amministratori; amministratori capaci in teoria di autoregolamentare modalità, tempi e termini di ripartizione della diligenza richiesta nelle varie attività di controllo.

Diventa di fondamentale importanza nell’attività di studio che stiamo affrontando, il tema, tutt’altro che lineare, dell’esercizio del potere di delega. Senza poi trascurare le innumerevoli criticità che il dovere di diligenza ed il dovere di vigilanza implicano. Per quanto concerne la “diligenza”, basti solo pensare le difficoltà di individuare, ex ante, il giusto standard di condotta e di verificarne poi, ex post, il rispetto; non ragionevolmente trascurabili, sono, poi, i limiti cognitivi strettamente connessi alla “vigilanza” di qualsiasi organo preposto a ciò, il quale si trova, per tabulas, in una posizione asimmetrica rispetto al soggetto agente perché caratterizzata da soggezione informativa e non solo, tale da impedire, generalmente, il raggiungimento di un controllo ottimale. E, per concludere, l’attenzione si concentrerà sui profili penalistici della responsabilità degli amministratori deleganti nonché sulle problematiche connesse ai cd. «segnali d’allarme».

parole chiave

Diritto societario: responsabilità penale - Amministratori.

sommario

1. Cenni introduttivi. – **2.** Potere di delega in un sistema di *monitoring board*. – **3.** Il tramonto del dovere di vigilanza e della responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi. – **4.** Responsabilità penale degli amministratori non esecutivi e sussistenza dei doveri-poteri impeditivi. – **5.** Responsabilità degli amministratori non esecutivi e potere di impedimento

dell'altrui reato. – 6. Ruolo degli amministratori non esecutivi tra mito e realtà. – 7. “Non esecutività” e amministratori indipendenti. – 8. Rilievi conclusivi.

1. Cenni introduttivi

Le problematiche sottese al ruolo assegnato dopo la riforma del 2003 agli amministratori delegati¹

¹ Per una panoramica sulla disciplina richiamata, peraltro non a titolo esaustivo si vedano: P. ABBADessa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società* – Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2 Torino, 2006, 491; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali – Lezioni di diritto commerciale*, 2, Padova, 2006; C. ANGELICI, *Diligentia quam in ius e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Milano, 2013; F. BONELLI, *L'amministrazione delle s.p.a. dopo la riforma delle società*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 700 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in Trattato diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, 4, Torino, 1991, 241 ss.; V. CARIELLO, *I conflitti “interorganici” e “intraorganici” nelle società per azioni (prime considerazioni)*, in *Il nuovo diritto delle società* – Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 769; F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Rivista delle società*, 2007, 4, 722 ss.; F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 1053 ss.; F. D'ALESSANDRO, *“La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata”. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Rivista delle società*, 2003, 34 ss.; A. DE NICOLA, in F. GHEZZI (a cura di), *Amministratori*, Commentario diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Chezzi - M. Notari, Milano, 2005, 99 ss.; G. FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 625 ss.; F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3, in Trattato Galgano, XXIX, Padova, 2006; A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Padova, 1997, 641 ss.; P. MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario* (atti del Convegno di Padova-Albano Terme, 5-7 giugno 2003), a cura di G. Cian, Padova, 2004, 469 ss.; G. MOLLO, *Il sistema di gestione informata nella S.p.A. e la responsabilità degli amministratori delegati*, Torino, 2014; P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 121; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società* – Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 835; C. MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo*, in *Il nuovo diritto delle società* – Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 744; G.D. MOSCO, *sub art. 2381*, in G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Commentario, II, Napoli, 2004, 593; G. OLIVIERI, *I controlli “interni” nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 409 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli*

nell'ambito del più ampio dovere di vigilanza, viaggiano di pari passo con l'evoluzione normativa², e non da meno giurisprudenziale, che ha visto attribuire all'organo di amministrazione delle S.p.A. nel corso degli anni una struttura sempre meno rigida e sempre più caratterizzata da un elevato grado di autonomia.

L'assetto del consiglio di amministrazione delineato dalla riforma del diritto societario del 2003 ha siglato, infatti, l'adesione del nostro ordinamento al modello del cd. *monitoring board*³, che si caratterizza, come noto, per aver dato risalto alla funzione di vigilanza del C.d.A. sulla gestione dell'impresa societaria, in una struttura duale del consiglio in cui alcuni dei suoi componenti (delegati) sono destinati alla gestione, altri invece alla vigilanza (delegati)⁴.

L'idea del *monitoring board* – ossia la concezione di una suddivisione dei poteri all'interno della società,

amministratori indipendenti, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2008, 238; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società* – Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, 385; R. RORDORF, *Gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 154; A. ROSSI, *sub art. 2392*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario*, I, Padova, 2005, 790 ss.; R. SACCHI, *Amministratori delegati e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 377 ss.; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Le società*, 2004, 1325; V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Le società*, 2006, 290; N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca borsa e titoli di credito*, I, 2008, 1 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca impresa e società*, 2005, 164 ss.; U. TOMBARI, *Verso uno statuto “speciale” degli amministratori indipendenti (Prime considerazioni sul d.lgs. n. 303/2006 e sulle modifiche al Regolamento Consob in materia di emittenti)*, in *Rivista di diritto societario*, 3, 2007, 51 ss.; F. VASSALLI, in *Commentario NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES*, II, Napoli, 2004, 676; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

² Parla di ansia di cambiamento del diritto commerciale R. RORDORF, *Gli amministratori indipendenti*, cit., 143, il quale ritiene che la *inesausta rincorsa normativa fa del diritto commerciale – e di quello dei mercati finanziari – un diritto quanto mai instabile*.

³ Caratteristiche e funzionalità del *monitoring board* sono descritte da M. REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 4, 2010, 660 ss. il quale osserva che *l'attività di gestione demandata al consiglio di amministrazione non può mai essere concepita come attività antagonista o assorbente l'attività manageriale retta dai capi azienda, neppure negli organi amministrativi che più aspirano a svolgere un ruolo pro-attivo nella conduzione aziendale mediante un penetrante e sistematico coinvolgimento nel processo decisionale*.

⁴ Sul ruolo e sulla funzione del *monitoring board* si veda G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in M. BIANCHINI - C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 49 ss. Che la figura dell'amministratore delegante abbia assunto caratteri *evanescenti* è sottolineata da R. RORDORF, *Gli amministratori indipendenti*, cit., 144, il quale ritiene che l'inarrestabile influenza dei modelli di *governance* anglosassoni abbia collocato la figura degli *amministratori non esecutivi quasi un po' a mezza via tra l'area della gestione attiva e quella della vigilanza sull'altrui gestione*.

mutuata quasi certamente da esperienze straniere, in *primis* quelle anglosassoni e americane – ha preso forma attorno agli anni settanta in un periodo che fu particolarmente critico per le società nel panorama internazionale⁵.

In particolare, le vicende finanziarie che colpirono le imprese societarie⁶, indussero a ritenere necessario un nuovo assetto di monitoraggio interno, da esercitarsi attraverso i cd. *outside directors*, ossia amministratori indipendenti⁷.

In realtà da una attenta analisi compiuta di recente sul ruolo avuto all'interno del panorama americano proprio dai *board* è emerso abbastanza chiaramente che tali figure, create al fine di compiere un'attività di monitoraggio sull'intera gestione societaria, non hanno conseguito l'effetto sperato, posto che i rapporti tra esecutivi e non esecutivi continuano ad essere caratterizzati da uno squilibrio notevole di informazioni societarie in danno dei deleganti-controllori tali da mantenerli in uno stato di persistente soggezione e inferiorità rispetto ai delegati-controllati e ciò continua a comportare enormi problematiche sul versante del riparto delle responsabilità⁸.

⁵ Su tutti si veda il contributo di M.A. EISENBERG., *The structure of the Corporation: a legal analysis*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1976.

⁶ Un elenco con i dieci maggiori scandali finanziari degli ultimi dieci anni negli Stati Uniti, illustrando il tipo di frode commessa, l'ammontare delle perdite subite dagli azionisti e la pena comminata dagli organismi di vigilanza e *Autorithy*, viene esaminata da R.A.G. MONKS e N. MINOW, *Corporate Governance*, 3rd edition, Blackwell Publishing, 2004. Si veda inoltre G. GRIROUX, *What went wrong? Accounting fraud and lessons from the recent scandals*, in *Social Research: An International Quarterly*, vol. 75, 4, 2008, 1205. Per una analisi su altri casi similari, ma accaduti in epoche meno recenti si vedano S. CHONG e G. DEAN, *Related Party Transactions: A Preliminary Evaluation of SFAS 57 and IAS 24 Using Four Case Studies*, in *Abacus*, vol. 21, 1, March 1985, nonché C.M. REINHART e K.S. RPOFF, *This Time is Different: A Panoramic View of Eight Centuries of Financial Crises*, NBER Working Paper No. 13882, march 2008, visionabile sul sito <http://www.nber.org/papers/w13882>, i quali effettuano una dettagliata analisi delle crisi finanziarie, da quelle dell'Inghilterra del XIV secolo fino alla crisi dei mutui *sub prime*.

⁷ Ampia analisi sugli amministratori indipendenti viene fatta da A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, cit., 240 ss. il quale ritiene che lo spazio giuridico ove collocare tali amministratori possa trovarsi in quell'area di "non esecutività" interna al consiglio di amministrazione. E ritiene, inoltre, di non condividere parte della dottrina che sostiene la tesi che *possa essere (realmente) indipendente un amministratore esecutivo*. Analisi critiche della dottrina nei confronti degli amministratori indipendenti sono riassunte da R. DRISALDI, *Gli amministratori indipendenti nella disciplina e nella prassi: comparazioni e riflessioni*, in *Le società*, 7, 2014, 790 ss. Si vedano inoltre F. CHIAPPETTA, *Gli amministratori indipendenti e gli amministratori di minoranza*, in *Rivista dir. soc.*, 4, 2009, 852 ss.; E. RIMINI, *Gli amministratori indipendenti nella proposta di regolamentazione Consob in materia di operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 3, 2009, 587 ss.; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti nei codici di autodisciplina europei*, in *Rivista dir. soc.*, 1, 2007, 134 ss.

⁸ Con riferimento agli studi compiuti si v. A. DEMB e F. NEUBAU-

ER, *The Corporate Board*, Oxford University Press, Oxford (UK), 1992, 43; ed ancora S. CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistemi dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 746.

Se questa, in linea semplificata, la situazione di partenza in altri Paesi, in Italia, vigente il codice del 1942, la situazione relativa al consiglio di amministrazione si presentava in maniera diversa rispetto all'esperienza statunitense: la questione era stata affrontata avendo come punto di partenza la responsabilità degli amministratori deleganti, ed, al contempo, i poteri e le funzioni di vigilanza loro attribuite.

Sembra, dunque, che nel nostro Paese il modello del *monitoring board* sia stato caratterizzato da una radice molto più profonda rispetto a quella statunitense, e che ad un vivace dibattito da parte della dottrina, abbia visto contrapporsi un atteggiamento assolutamente meno approfondito sul tema da parte della giurisprudenza⁹.

Ed infatti, sempre in materia di responsabilità degli amministratori deleganti, quest'ultimi venivano considerati responsabili e, dunque, rispondevano nei confronti della società non soltanto per la violazione dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, ma anche per la violazione del dovere di vigilanza sull'andamento della gestione¹⁰. In tal modo, non veniva meno la responsabilità degli amministratori, sebbene deleganti e con competenze ben differenziate, rispetto ad atti pregiudizievoli, avendo ciascuno di essi un obbligo di vigilanza¹¹.

⁹ "In materia societaria, alla violazione dell'obbligo di vigilanza gravante sull'organo amministrativo dell'ente, giusto il disposto dell'art. 2392 c.c., consegue la responsabilità solidale di tutti i componenti del consiglio di amministrazione e, pertanto, la responsabilità (anche) di ciascuno dei singoli membri che, pur non essendo titolari, in via esclusiva, di poteri individuali di controllo, sono, pur sempre, singolarmente tenuti ad agire affinché tale vigilanza sia adeguatamente esercitata e rispondono, pertanto, dell'omissione di essa a meno che non forniscano la prova che, pur essendosi diligentemente attivati a tal fine, la predetta vigilanza non potè essere esercitata per il comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio". (Cass. civ. 24 marzo 1998, n. 3110, in *Le società*, 1998, 8, 934).

¹⁰ Parla invece di potere di *vigilanza* degli amministratori deleganti A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, cit., 248 ss, il quale, nel tentativo di individuare i compiti propri degli amministratori indipendenti ritiene che gli amministratori delegati gestiscono la società, gli amministratori deleganti valutano l'operato dei primi, ed il collegio sindacale vigila sull'operato di entrambi. *L'esegesi dell'art. 2381 ed il confronto fra i suoi precetti consente di dire che nel gestire confluisce il "generale andamento della gestione", cioè il compimento degli atti e delle "operazioni" di vertice in cui si risolve l'esercizio dell'impresa, la cura (cioè la predisposizione ed il progressivo adattamento) dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, l'elaborazione dei piani strategici, industriali, contabili: azioni concrete, dunque, cui sono immediatamente collegate modifiche nella realtà fenomenica e/o giuridica; il valutare, viceversa, si risolve in un'attività, meramente interna, di giudizio critico su ciò che gli altri (i colleghi di consiglio titolari di deleghe) hanno fatto, curato, elaborato.*

¹¹ Cass. civ. 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giur. It.*, 2004, 557.

L'impostazione seguita dalla giurisprudenza ha naturalmente suscitato non poche perplessità da parte della dottrina¹², la quale ha fortemente contrastato il riconoscimento di una responsabilità così ampia in capo ai deleganti, andando ad evidenziare come i giudici in realtà non avessero tenuto in adeguata considerazione gli effetti e le conseguenze provocate dall'attuazione della delega nella distribuzione di poteri e responsabilità all'interno del consiglio: non può, infatti, non tenersi conto che l'attribuzione di deleghe ha come immediato effetto quello di porre i deleganti in una posizione di subordinazione, con un inevitabile diverso coinvolgimento delle due categorie nella gestione societaria¹³.

E si può dire che è proprio in questa direzione che si è diretta la riforma societaria del 2003, innovando la parte dell'art. 2381 c.c. che disciplina il funzionamento del C.d.A. ed i poteri e doveri degli amministratori, e modificando, altresì, l'art. 2392 c.c. in materia di responsabilità degli stessi¹⁴.

Nello specifico, al consiglio di amministrazione, è assegnato non solo il compito di fissare gli obiettivi ed occuparsi delle strategie fondamentali dell'impresa, bensì di valutare con cadenza periodica l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Nell'ambito di tali poteri spetta, poi, agli amministratori delegati il compito di definire e implementare tali assetti, riferendo almeno ogni sei mesi al C.d.A. ed al collegio sindacale sul generale andamento della gestione nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate¹⁵.

¹² F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, 16; M. STELLA RICHTER JR., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, 277.

¹³ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 159 ss.; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, cit., 16.

¹⁴ In verità all'alba della riforma vi era già chi, P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 74 ss., evidenziasse il problema di evitare che all'interno del consiglio di amministrazione si verificasse un fenomeno di concentrazione di tutto il potere gestorio in organi ristretti o addirittura uni personali. Là dove infatti il consiglio deleghi tutte le proprie attribuzioni ai delegati, ad eccezione delle competenze per legge indelegabili, l'organo collegiale rischia di ridursi ad un mero simulacro, che si limita a ratificare o subire decisioni altrui, salvo poi essere eventualmente chiamato in responsabilità.

¹⁵ Come autorevole dottrina nota, il rapporto che esiste tra organi delegati e consiglio di amministrazione è fondato su un'ampia autonomia dei primi, rispetto alle funzioni delegate, anche se, da un lato, la delega può essere revocata in ogni momento... dall'altro il consiglio può sempre avocare a sé, anche solo provvisoriamente, le funzioni delegate, così come impartire direttive. A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.VV. *Diritto delle società. Manuale Breve*, Milano, 2004, 220. Ritiene che non vi sia l'obbligo di controllo e di valutazione sull'operato degli organi delegati da parte del consiglio di amministrazione F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 338, asserendo che tale situazione sia

Per quanto riguarda la responsabilità degli amministratori, due sono sostanzialmente le principali novità introdotte dalla riforma: aver modificato i livelli medi di diligenza richiesta ed aver inserito all'art. 2381 c.c., comma 3, il dovere del consiglio di amministrazione di valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

2. Potere di delega in un sistema di *monitoring board*

Attraverso l'uso della delega in un sistema tradizionale di amministrazione il C.d.A. si "svincola" dal principio della collegialità, adottando nelle materie oggetto di delega, un sistema di amministrazione caratterizzato dalla concentrazione e dalla rapidità delle decisioni¹⁶.

È, dunque, lo stesso C.d.A., attraverso un atto gestorio che, come dinanzi anticipato, rientra nella sua esclusiva competenza¹⁷, l'organo preposto alla nomina dell'amministratore delegato e alla determinazione dei suoi poteri¹⁸.

L'impulso alla nomina del delegato può sovente provenire dal socio o dal gruppo di comando, ma la competenza rimane, formalmente, del C.d.A. In tali casi, l'imposizione non va ad incidere in modo coartante sul C.d.A., rimanendo comunque in capo a quest'ultimo il potere di nominare e revocare i delegati, ed eventualmente di intervenire nella gestione con direttive ovvero di avocare a sé le operazioni delegate¹⁹.

dovuta ad una mancanza di coordinamento delle norme.

¹⁶ *A rigore è un'attribuzione in senso improprio: l'amministratore delegato o il comitato esecutivo non derivano i loro poteri dal consiglio di amministrazione, perché si tratta di poteri già tipici dell'ufficio di amministratore e quindi loro già spettanti. In realtà la delega si traduce in precisazione di modalità d'esercizio di quei poteri, con rinuncia di alcuni ad esercitarli sicché altri soltanto (i cc.dd. organi delegati) li eserciteranno.* B. LIBONATI, *Diritto Commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, 389. Dello stesso avviso Associazione PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Bologna, 2003, 145, *Il consiglio di amministrazione è, in definitiva, chiamato a svolgere in maniera effettiva ed efficace il ruolo di monitorare a sé le competenze quando ciò risulti necessario, come nel caso di conflitto di interessi del delegato o di ogni altra situazione che le informazioni ricevute segnalino come suscettibile di essere fonte di un rischio anomalo per la società.*

¹⁷ Non vi è alcun dubbio sul fatto che questa nomina sia di competenza esclusiva del C.d.A. *Queste nomine spettano al consiglio, non è ipotizzabile, a differenza che per la designazione del presidente, una indicazione da parte dell'assemblea*, così F. Ferrara jr-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, nota 4, 579.

¹⁸ *In secondo luogo spetterà al consiglio di amministrazione determinare, oltre che i limiti, anche in positivo il contenuto e le eventuali modalità di esercizio delle deleghe (terzo comma): ciò sempre al fine di delimitare competenze e quindi responsabilità degli amministratori delegati, in ordine ai loro effettivi poteri.* D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 136.

¹⁹ Nonostante la riserva di legge in merito al potere di nomina, sono considerate legittime le clausole statutarie che impongono la delega, prevedendo la nomina di uno o più amministratori delegati, in quanto spetta ai soci definire l'architettura societaria di base. Sul punto si v. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo*

La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura del soggetto delegato, sostenendosi da più parti che lo stesso configurerebbe un organo ulteriore della società, legato al C.d.A. da un rapporto interorganico e alla società da un rapporto organico²⁰.

In realtà, a bene vedere, verificato che non vi sono ragioni ostative per ammettere la coabitazione di un comitato esecutivo e di uno o più amministratori delegati, il C.d.A., nonostante la delega, rimane portatore dei suoi poteri originari, mentre, l'organo delegato, mantiene solamente poteri derivati²¹.

Per quanto concerne, poi, l'ampiezza della delega, se nello statuto o in sede di nomina mancano precisazioni o limitazioni, la stessa deve ritenersi comprensiva di tutti i poteri – delegabili – del consiglio, compresa la rappresentanza sociale e processuale, rimanendo escluse le sole attribuzioni indelegabili²².

Naturalmente al C.d.A., oltre alla nomina dei delegati, è dato in qualunque momento di modificare la portata della delega – fissando limiti e modalità – e perfino revocarla.

Orbene, è evidente come in un sistema che attribuisce un potere così pregnante nell'assetto societario, capace di creare vere e proprie disarmonie interne, il legislatore avesse previsto, già a partire dal sistema pre-

la riforma delle società, cit., 159 ss. Parimenti ricevibili devono ritenersi sia le clausole che riportano il contenuto della delega, sia quelle che prevedano specifici quorum o diritti nelle ipotesi di amministratori nominati dalle minoranze.

²⁰ Sul punto cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., 92; D. SCARPA, *La delega gestoria nella s.p.a.: architettura delle interazioni tra delegati e deleganti*, in *Contratto e Impresa*, 2011, 113; F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 270. Prima della novella del 2003 ci si domandava se fosse possibile per il C.d.A. interferire con l'organo delegato: si era pervenuti alle conclusioni a cui si è giunti con l'art. 2381, comma 3, c.c., il quale prevede espressamente la facoltà per il C.d.A. di impartire direttive e avocare a sé le operazioni rientranti nella delega. Per le posizioni dottrinarie ante riforma si v. A. PESCE, *L'amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, 102 e ss.

²¹ Quello che non sarebbe ammesso è invece una sovraordinazione del comitato esecutivo sui consiglieri delegati, in quanto trattasi di organi paritetici in senso orizzontale, che derivano i loro poteri (derivati, appunto) dal medesimo C.d.A., *La delega non spoglia però il consiglio di amministrazione delle attribuzioni delegate; determina solo una competenza concorrente del consiglio e degli organi delegati. Il consiglio infatti può sempre avocare a sé operazioni rientranti nella delega e resta, pertanto, formalmente in posizione sovraordinata rispetto al comitato esecutivo ed agli amministratori delegati. Può inoltre revocare in ogni momento sia la delega sia i delegati ed impartire a questi ultimi direttive, che i titolari della delega sono tenuti ad eseguire, sempreché non coinvolgano la loro diretta responsabilità (art. 2381, 3° comma)*. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2, Diritto delle Società*, Torino, 2006, 372.

²² La novella del 2003 ha comportato un ampliamento delle ipotesi di non delegabilità (art. 2381, comma 4, c.c.) in quanto oltre alla redazione del bilancio, agli aumenti di capitale (delegati al C.d.A.) e alle riduzioni per perdite di capitale, sono stati inseriti le fattispecie di emissione di obbligazioni convertibili e la redazione dei progetti di fusione e scissione.

vigente la riforma del diritto societario ed in assenza di una specifica disposizione normativa al riguardo, un sistema di gestione attento, fondato sul dovere di vigilanza che grava su ciascun amministratore e sull'insieme di poteri istruttori, informativi e ispettivi²³.

In definitiva il dovere di vigilanza presupponeva necessariamente un dovere di informazione a carico dei delegati, caratterizzato dall'obbligo di fornire informazioni sugli affari più importanti, oltre che sull'andamento generale della gestione sociale²⁴.

È solo con la riforma del 2003 che si realizzano i primi sostanziali cambiamenti in materia, con la sostituzione del più generale obbligo di vigilanza²⁵ con una serie di obblighi specifici elencati nell'art. 2381 c.c.

Ed infatti, all'obbligo «di vigilanza sul generale andamento della gestione sociale», si è sostituito il dovere di «agire informati» che ha trasformato la responsabilità dell'amministratore in una sorta di responsabilità oggettiva, la cui violazione ha rappresentato l'origine di buona parte delle cause di responsabilità civile promosse dalle società nei confronti degli amministratori²⁶.

²³ Nelle società quotate una Comunicazione CONSOB imponeva ai delegati l'obbligo di informare il consiglio di amministrazione dell'attività svolta, di fornire una apposita e puntuale informazione sulle operazioni con incidenza rilevante, e più in generale, sull'andamento della gestione sociale da essi compiuta (Consob DAC/RM/97001574 del 20 febbraio 1997).

²⁴ A ben guardare, nell'art. 150 del t.u. di intermediazione finanziaria si ritrova un precursore del dovere di agire informato: trattasi di disposizione che nella sua originaria stesura fissava a carico degli amministratori l'obbligo di fornire le informazioni al collegio sindacale, secondo le modalità stabilite dall'atto costitutivo e sulle operazioni di maggiore rilievo economico, finanziario e patrimoniale della società o delle sue controllate. Come affermato dalla dottrina, la disposizione in questione apriva la strada per ammettere definitivamente l'esistenza a livello di fonte primaria di un preliminare obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio, P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., 500.

²⁵ La dottrina, nel periodo che ha preceduto la riforma, in merito al criterio di vigilanza, ha tenuto conto del potere dei deleganti di ottenere informazioni dai delegati (e sul contenuto del dovere di questi di informare il consiglio), al fine di individuare i criteri di funzionamento del C.d.A. Questi stessi poteri venivano estesi a tutti i soggetti gravati dal dovere di controllare: si pensi ad es. ai sindaci, i quali non erano tenuti a sapere tutto della società per il fatto di avere un potere di accesso individuale. Piuttosto ciò che occorre definire era invece la quantità e la qualità dell'impegno che questi doveva approfondire nell'attività di sindaco, per poi verificare se vi era stato un comportamento corretto proprio in virtù dei poteri a sua disposizione. Stesso discorso valeva, naturalmente per qualsiasi soggetto chiamato ad un compito di vigilanza. Sul punto si v. G. MINERVINI, in S. SCOTTI CAMUZZI, A. DALMARTELLO, G.B. PORTALE, C. GRASSETTI, G. MINERVINI e P. ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori di "minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo"?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 813; F. CHIOMENTI, *Il principio della collegialità dell'amministrazione pluripersonale nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, 326; R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, cit., 383 ss.

²⁶ La responsabilità dell'amministratore è stata, inoltre, utilizzata

Alla luce del contenuto dell'art. 2381 cc., infatti, i deleganti, oltre a valutare l'andamento della società alla luce delle relazioni fornite dai delegati, sono tenuti ad agire in modo informato chiedendo essi stessi informazioni.

La riforma in sostanza ha definito il criterio dell'*agire informato*, che da un lato pone a carico del presidente del C.d.A. e dei delegati l'obbligo di fornire, con cadenza prestabilita, notizie adeguate sull'andamento generale della società e sulle operazioni di maggior valore, dall'altro, rimuovendo il generale obbligo di vigilanza del precedente assetto normativo, pone in capo agli amministratori non esecutivi l'obbligo di acquisire le informazioni necessarie affinché, nell'assetto societario sia assicurato un costante ed efficace governo dei rischi ed un monitoraggio delle scelte compiute dai delegati, anche al fine dell'esercizio collegiale dei poteri di direttiva ed avocazione²⁷.

La chiara individuazione dei doveri e delle responsabilità delle diverse componenti dell'organo amministrativo, in tutti i casi di utilizzo del potere di delega, è ciò che permette di trovare il punto di equilibrio della nuova disciplina: il quadro che si ricava delinea la previsione di un sistema tipizzato di informazioni che gli organi delegati sono tenuti a mettere a disposizione del consiglio di amministrazione, nonché l'esatta individuazione dei doveri gravanti sui delegati e deleganti.

Il legislatore, in particolare, ha completamente rovesciato l'impostazione che caratterizzava la disciplina anteriore, prevedendo un criterio che consente di predeterminare il comportamento richiesto: in tal modo gli amministratori privi di delega non saranno più tenuti a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il compimento di atti pregiudizievole da parte dei delegati, essendo la loro condotta censurabile solo ed esclusivamente in relazione a fatti e situazioni di cui gli stessi deleganti siano venuti effettivamente a conoscenza ovvero che essi sarebbero stati in grado di conoscere qualora avessero correttamente vigilato sull'osservanza dei doveri informativi posti a carico dei delegati.

Una tale ricostruzione, esclude, dunque, che i componenti del consiglio di amministrazione siano autorizzati ad assumere un atteggiamento passivo e di mera ricezione informativa nell'esercizio delle loro

con frequenza anche dai pubblici ministeri, che facendo leva sulla stessa hanno promosso azione penale nei confronti degli amministratori anche per fondare la loro responsabilità penale.

²⁷ In riferimento al potere/dovere di chiedere informazioni, la dottrina si pose una serie di domande: 1) l'individuazione degli indici che fanno scattare il potere/dovere dei deleganti di richiedere un supplemento di informazione; 2) la ripartizione dell'onere della prova in ordine alla circostanza di cui al punto che precede; 3) la determinazione dei limiti del sindacato dei giudici sull'esercizio (e sul non esercizio) del potere/dovere di chiedere un supplemento informativo (e di attivarsi, ove esso non venga fornito dagli organi delegati). R. Sacchi, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, cit., 386 ss.

funzioni, e che possano, altresì, limitarsi ad attendere le informazioni dagli organi delegati ed a verificarne il relativo contenuto.

Ai componenti il consiglio è richiesto esattamente il contrario, ossia di sindacare la completezza e l'esaudività dell'informazione ricevuta ed attivarsi laddove riscontrino eventuali lacune o dati non attendibili o qualsiasi altro elemento che possa arrecare danno alla società²⁸.

3. Il tramonto del dovere di vigilanza e della responsabilità solidale degli amministratori non esecutivi

Nel periodo che ha preceduto la Riforma, in forza del disposto dell'art. 2392 c.c. e della previsione in esso contenuta di un generico dovere di vigilanza sul generale andamento della società, gli amministratori potevano essere condannati per il mancato assolvimento di detto dovere.

La novella del 2003, sollecitata dalle diverse istanze provenienti dalla dottrina, è intervenuta sul punto ed ha modificato la previsione contenuta nell'articolo del codice, determinando un cambiamento decisivo rispetto all'impostazione indicata²⁹. Questo cambio di rotta non è rimasto privo di fondamento, avendo la Relazione al Progetto di Riforma dato una motivazione assolutamente chiara rispetto alla volontà perseguita ed agli obiettivi da realizzare³⁰: la nuova formulazione normativa in tema di poteri e doveri può essere ben sintetizzata in tre espressioni usate dal legislatore, lì dove si dice che i delegati "curano", i deleganti "valutano" e i sindaci "vigilano"³¹.

²⁸ Naturalmente il "potere" dei "senza delega" non è assolutamente paragonabile a quello, ispettivo, dei sindaci. *La dottrina è prevalentemente orientata nel senso di negare agli amministratori, singolarmente considerati, poteri di ispezione e controllo sulla falsariga di quelli attribuiti ai sindaci dall'art. 2403-bis: non possono acquisire direttamente documenti presso la struttura, non possono intervistare dirigenti e dipendenti per acquisire notizie, non possono esercitare individualmente i poteri che l'art. 2381 c.c. concede al plenum e, per quanto riguarda le informazioni di cui all'ultimo comma dello stesso art. 2381, è vero che possono essere richieste da ciascun amministratore, ma è vero anche che gli organi delegati sono tenuti a riferire in proposito soltanto in consiglio, con la conseguenza che anche gli interventi conseguenti alle informazioni acquisite sfuggono al potere di iniziativa dei singoli*, A. Pisani Massamormile, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, cit., 255.

²⁹ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 115.

³⁰ L'eliminazione del precedente comma 2 dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati, tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva. (Progetto di Riforma, III, 4).

³¹ Ai delegati spetta, dunque, il compito di predisporre un assetto adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa: come è stata definita dalla dottrina si tratta di una previsione a "geometria variabile o modulabile" (R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le società*, 6, 2013,

Il dovere di intervento posto a carico di tutti gli amministratori è, dunque, previsto dall'art. 2392, comma 2, c.c. e opera in momenti diversi a seconda della posizione rivestita dal consigliere e del momento in cui si determina l'effettiva "conoscenza": il delegato, oltre a potersi servire di maggiori fonti conoscitive rispetto al delegante, è, altresì, l'autore delle periodiche relazioni che fanno pervenire le informazioni in seno al consiglio, e in questa decisione delle informazione da far transitare verso il consiglio, si ritrova ad avere margini ampi di discrezionalità³².

Le differenze, dunque, che caratterizzano i consiglieri deleganti e delegati, si ritrovano per tutti i doveri previsti in capo agli amministratori, quali l'agire informato, la diligenza e la trasparenza degli interessi, di cui si parlerà nel successivamente.

Rispetto al "tramonto" del dovere di vigilanza conseguente alla riforma, si deve tuttavia rilevare che una parte della dottrina, non unanime sul punto, continua a sostenere che la soppressione sulla carta del dovere di vigilanza sull'andamento generale della gestione, non comporti l'esonero di tutti gli amministratori dal rispetto di tale dovere. L'assunto deriverebbe sia dal disposto di cui al quinto comma dell'art. 2381 c.c., che impone ai delegati un dovere di fornire informazioni sul generale andamento della gestione, sia alla luce del comma successivo, che impone a tutti gli amministratori di agire in modo informato.

Ad ogni modo, se questo è il destino che ha accompagnato il dovere di vigilanza, sorte non meno lieta è toccata alla previsione di una responsabilità solidale degli amministratori deleganti.

La novella del 2003, infatti, ha rafforzato i doveri in capo ai delegati rispetto ai deleganti, andando a incidere proprio sul grado e sull'intensità della responsabilità attribuita a ciascuno.

In questa opera di revisione normativa, occorre procedere alla valutazione sia delle varie tipologie di violazioni poste in essere dagli amministratori, sia dei possibili danni e delle conseguenze del comportamento tenuto.

Accanto all'indicata valutazione, è, poi, necessario distinguere il diverso comportamento tenuto dal singolo, a seconda che sia stata commessa direttamente una violazione ovvero che il soggetto sia rimasto inerte in una situazione nella quale poteva intuire, a fronte delle informazioni avute, ed agire al fine di impedire l'evento, o quanto meno eliminarne o attenuarne le conseguenze.

670). Ai deleganti spetta, invece, di valutare, in ambito consiliare, l'assetto societario già predisposto, mentre ai sindaci resta il compito di vigilare sulla correttezza e adeguatezza di tale assetto. Per una più compiuta analisi di tali aspetti di veda M. VIETTI, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, Milano, 2014, 65 e ss.

³² U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti, "sistema dei controlli" e corporate governance: quale futuro?*, in AA.VV., *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella S.p.a.*, Torino, 2013, 36.

Rispetto, dunque, al percorso da seguire nell'individuare i diversi gradi di responsabilità, il nuovo quadro normativo scaturente dalla riforma si presenta caratterizzato da una disciplina più precisa, che differenzia le responsabilità dei singoli consiglieri e le definisce in ragione delle rispettive funzioni, dei doveri, delle diverse violazioni- e relative conseguenze – del grado di diligenza richiesta per i singoli casi e delle specifiche competenze.

Sembra finito, pertanto, il tempo in cui gli amministratori si ritrovavano soggetti a condanne generiche, prive di una loro autonomia legata alle diverse posizioni oggettive e soggettive³³.

In sostanza, tenuto conto della difficoltà di fornire la cd. *probatio diabolica*, ossia la prova delle responsabilità di ogni singolo amministratore, la giurisprudenza ha ritenuto corretto, e decisamente più semplice, seguire la meno impervia via della responsabilità solidale di tutti i consiglieri, di cui all'art. 2392, comma 1, c.c., che considera gli amministratori responsabili solidalmente verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei loro doveri³⁴.

Di questa forma di responsabilità si continua a parlare anche nella Riforma, dove è stata espressamente mantenuto il vincolo solidale, e se ne ritrovano le tracce sia nella disciplina generale prevista per i contratti (art. 1294 c.c.), sia nell'ambito della responsabilità extra contrattuale ex art. 2055, comma 1, c.c.³⁵.

In realtà, sebbene la Riforma societaria abbia mantenuto la solidarietà per gli illeciti commessi, non sembra si possa concludere per una volontà del legislatore di imputare in modo generico e omnicomprensivo a tutti gli amministratori la responsabilità, soprattutto lì dove si afferma che la responsabilità deve essere ricercata "distintamente".

E di questo si avrebbe contezza proprio nel comma 1 dell'art. 2392 cc., nel quale è prevista una deroga alla responsabilità solidale in caso di esercizio del potere di delega: ed infatti, ai sensi dell'art. 2392, comma 1, c.c. gli amministratori sono responsabili solidalmente, fatta eccezione per i casi di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

³³ Si legge, infatti, nella relazione alla Riforma (III, 4): [...] *la responsabilità del singolo consigliere è una responsabilità per "colpa e per fatto proprio": in conseguenza di ciò bisogna indagare rispetto a ciascun amministratore la sua specifica condotta, le singole violazioni imputabili e le connesse conseguenze risarcitorie.*

³⁴ La giurisprudenza penale, infatti, in mancanza di precisi riferimenti normativi circa i poteri/doveri, ricostruiva la posizione di "garanzia" in termini generici, giungendo alla responsabilità di tutti i componenti dell'organo amministrativo a prescindere dall'analisi del contenuto delle rispettive competenze.

³⁵ S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, 313, F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 67 e P. MARCHETTI, *L'autonomia statutaria nella s.p.a.*, in *Rivista delle società*, 2000, 571.

Proprio in virtù delle novità introdotte dall'art. 2392, comma 1, c.c., si ha che gli amministratori non esecutivi, in presenza di deleghe, sono responsabili soltanto per le violazioni e gli illeciti personalmente poste in essere, e questo tanto in presenza di volontà commissiva quanto omissiva, né potrà loro essere imputato il danno conseguente a fatti commessi da soggetti diversi (si pensi proprio a violazioni commesse da amministratori delegati).

Nel nuovo testo dell'art. 2392, comma 1, c.c., in sostanza, si fa riferimento ad un nuovo parametro, e precisamente si parla funzioni "in concreto" attribuite. L'espressione può essere compresa solo alla luce della prassi diffusa nel periodo che ha preceduto la Riforma, nel corso del quale erano considerate valide anche le deleghe di fatto o atipiche, che, proprio perché attribuite in assenza di un conferimento formale, non generavano il risultato di una attenuazione della responsabilità dei delegati³⁶.

Orbene, con l'introduzione della locuzione "in concreto" a seguito della Riforma, si può affermare la quasi certa volontà del nostro legislatore di attenuare la responsabilità solidale anche in assenza di un formale conferimento di delega: affinché ciò si realizzi sembra sia sufficiente che alcune attribuzioni siano conferite di fatto a uno o più amministratori o, comunque, da questi effettivamente esercitate, al di là dell'avvenuto conferimento³⁷.

4. Responsabilità penale degli amministratori non esecutivi e sussistenza dei doveri-poteri impeditivi

Non vi sono dubbi sul fatto che la modifica più incisiva ad opera della Riforma si è avuta proprio con riguardo alla disciplina della responsabilità degli amministratori ed alla posizione di garanzia da sempre loro riconosciuta, che ha visto eliminato, dal testo dell'articolo 2392 c.c., il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione – in virtù del rinvio compiuto dal comma 2 dell'art. 2392 c.c. al comma 3 dell'art. 2381 c.c. – a fronte di un dovere di valutazione dell'assetto organizzativo della società.

Nell'articolo 2392 è stata, invece, mantenuta la previsione di una responsabilità solidale degli ammini-

stratori qualora essi, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, abbiano omissivo di porre in essere quanto necessario per impedirne il compimento³⁸.

Anche se in numero ridotto e sporadico, occorre segnalare che tutta una serie di pronunce di legittimità hanno – in modo più o meno esplicito – disconosciuto una qualche efficacia della riforma del 2003 rispetto all'assetto previgente, nella determinazione della posizione di garanzia degli amministratori non operativi, continuando, dunque, ad affermare la responsabilità penale di questi per concorso nei reati non impediti³⁹.

In realtà, quello che forse deve tenere ancor più desta l'attenzione del lettore rispetto ai cambiamenti normativi in ambito societario, è la situazione che si viene a creare con tutte quelle pronunce che, al contrario, pur prendendo espressamente atto delle modifiche apportate dalla riforma societaria – nonché dell'alleggerimento che esse comportano rispetto alla posizione di garanzia degli amministratori non esecutivi – omettono in realtà di misurarsi davvero con la tematica dell'individuazione dei reali doveri-poteri giuridici impeditivi⁴⁰.

³⁸ Naturalmente le modifiche dinanzi riportate non possono che avere un carattere generale e per nulla esaustivo della riforma in sé complessa attuata nel 2003, che ha investito la disciplina dei consigli di amministrazione delle società di capitali, e pur tuttavia assolutamente idonee a percepire come nel 2003 sia stata posta in essere una vera e propria regolamentazione e redistribuzione di competenze e funzioni all'interno dei consigli di amministrazione

Si è registrato, dunque, un assetto di *governance societaria* diverso da quello degli anni '70. Sino ad allora il modello adottato prevedeva che il consiglio d'amministrazione gestisse gli affari della società e ne determinasse la politica commerciale. I delegati si limitavano ad eseguire le sue decisioni. Oggi però questo sistema non riflette più la realtà del mondo economico, poiché l'organo di governo viene riunito di rado e la gestione è lasciata nelle mani dei consiglieri operativi. Cfr. F. CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi*, Milano, 2007, 994.

³⁹ Si legge infatti in Cass. civ. 45513/2008 che *anche a voler leggere i fatti con i paradigmi normativi attuali (...) la posizione di garanzia resta comunque scolpita dall'art. 2392 c.c., comma 2, norma rimasta sostanzialmente inalterata per la definizione del dovere di tutela del patrimonio societario all'atto della conoscenza di fatti per essa pregiudizievoli.*

In sostanza, una volta riconosciuta una posizione di garanzia in capo ai consiglieri non operativi, viene profilata una responsabilità di quest'ultimi per concorso mediante omissione, in qualunque tipologia di reato posto in essere dagli amministratori esecutivi: gli amministratori non esecutivi vengono chiamati a rispondere per concorso tanto in reati propri (societari o fallimentari) quanto in reati comuni (ad esempio truffe, appropriazioni indebite, etc.). Sul punto *ex multis* si v. Cass. civ. 9736/2009.

⁴⁰ Si pensi ad es. alla pronuncia di Cassazione penale, sez. V, 19 giugno 2007 n. 23838 in *Guida al Diritto*, n. 35 del 8 settembre 2007, con nota di R. BRICHETTI, *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*, nella quale si legge che «la riforma della disciplina delle società, portata dal d.lgs. n. 6 del 2003, ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regola-

³⁶ F. BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, Torino, 2008, 81 e ss.; G. FERRI jr., *Le deleghe interne*, AA.VV., *Amministratori e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, 198; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Le società*, 2003, 802.

³⁷ Occorre comunque precisare che a monte, per far operare l'esonero della responsabilità, deve comunque sussistere l'autorizzazione alla delega in base a un norma statutaria, o comunque una valida delibera assembleare. Se manca uno dei due presupposti, non può riconoscersi in capo agli amministratori una attenuazione di responsabilità. Infatti, anche a voler considerare lecite le deleghe atipiche o di fatto, non può certo in modo del tutto arbitrario ed autonomo attribuirsi loro un esonero da responsabilità, se le deleghe non sono previste dall'organizzazione societaria.

L'obbligo di attivarsi penalmente sanzionato scattarebbe, in primo luogo, nel caso in cui gli amministratori, nell'ambito delle informazioni ricevute dagli altri organi gestori, possano precisamente rappresentarsi l'accadimento di un evento nella sua portata illecita.

In sostanza, nell'ipotesi in cui gli amministratori vengano a conoscenza di situazioni critiche attraverso altri sistemi di informazioni, gli stessi devono comunque attivarsi per impedire la verificazione di un fatto dannoso. In particolare, in situazioni che possiedono le caratteristiche di un "campanello d'allarme" circa il compimento di specifiche operazioni illecite, gli amministratori non esecutivi sono tenuti ad operare tutta una serie di controlli sulla gestione degli amministratori esecutivi e a porre in essere le condotte idonee ad impedire il verificarsi di un danno per la società⁴¹.

Trattasi di un risultato importante nell'evoluzione giurisprudenziale, cui si è giunti per la prima volta con la sentenza della Cassazione, 19 giugno 2007, n. 2383⁴², nella quale si precisa che l'esistenza di segnali di allarme deve essere ricavata dall'amministratore

mentato la responsabilità dell'amministratore destinatario di delega» [...] «per ciò che interessa il versante penale, questa premessa riconfigura (...) la "posizione di garanzia" del consigliere non operativo, posto che l'obbligo di impedire l'evento, disciplinato quale tramite giuridico causale, dall'art. 40 cp., si parametrava su una fonte normativa (...) che costituisce il dovere di intervento». Ed ancora con la pronuncia 36595/2009, la Suprema Corte, in linea con tali affermazioni, ritiene che «*le modifiche sui poteri degli amministratori (...) non possono non incidere sulla responsabilità penale ex art. 40 cpv. c.p., che trova il suo fondamento in una disposizione normativa che impone il dovere di intervenire*»; e dopo aver dato conto delle intervenute modifiche, conclude asserendo che esse «*hanno certamente ristretto l'ambito della responsabilità penale di tali soggetti*». In quest'ultima sentenza, la Cassazione ha affermato che la riforma del diritto societario operata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha senza dubbio ristretto l'ambito di estensione della responsabilità penale per omesso impedimento da parte dell'amministratore non esecutivo del reato commesso dall'amministratore delegato.

⁴¹ In definitiva, recita la Corte «*per affermare la responsabilità penale dei soggetti in considerazione è necessario che vi sia la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi*».

⁴² L'opinione dominante in giurisprudenza fino alla citata sentenza, nel vigore delle norme anteriori al d.lgs. 6 del 2003, si era assestata su di una posizione estremamente rigorosa, individuando la sussistenza della posizione di garanzia dell'amministratore non esecutivo nel generale obbligo di vigilanza di cui all'art. 2392 c.c. ante riforma del diritto societario e, di fatto, attribuendo all'amministratore inerte la responsabilità per ogni fatto non impedito, indipendentemente dall'analisi delle concrete possibilità in capo a detto amministratore di accorgersi dell'accadimento di un fatto di reato in corso di esecuzione. Sul punto e per avere un quadro in merito all'evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso omissivo degli amministratori senza delega nel reato di bancarotta fraudolenta si v. Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2005 n. 19509, in *Riv. dott. comm.*, 2005, 925 ss.; Cass. pen., sez. V, 24 maggio 2006 n. 36764 e, in tema di impedimento del reato commesso dall'amministratore di fatto, si v. Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2005, n. 853, in *Cass. pen.*, 2007, 4701 ss.

senza delega non solo nell'ambito delle informazioni passivamente ricevute dall'amministratore con delega, bensì anche all'interno delle informazioni attivamente ottenute dal delegante in adempimento del proprio dovere/potere di agire informato⁴³.

In sostanza l'agire informato sarebbe una modalità di conoscenza delle situazioni gestorie critiche diversa e svincolata dal contenuto delle informazioni ricevute dal delegante in base ai canali comunicativi predisposti *ex lege*, e conseguentemente l'obbligo che ne scaturirebbe contribuirebbe a definire la posizione di garanzia dell'amministratore non esecutivo in modo del tutto indipendente dagli obblighi di impedimento di eventi pregiudizievoli di cui l'amministratore sia venuto a conoscenza per comunicazione avvenuta dagli altri membri esecutivi del consiglio.

Quindi, il nodo problematico da sciogliere è se l'art. 2381, ultimo comma, c.c. preveda che gli amministratori siano tenuti ad assumere informazioni di propria iniziativa, indipendentemente dal contenuto dei flussi informativi ricevuti ai sensi dei commi 1 e 5 del medesimo articolo – come di fatto ritiene la giurisprudenza dominante – ovvero se l'obbligo di agire informato si attivi solo in presenza di elementi di criticità contenuti nelle informazioni ricevute dai deleganti.

La posizione espressa dalla Cassazione nella sentenza 2383/2007, come in altre sentenze citate, trova certamente il conforto di quella parte della dottrina che, considerando l'obbligo di agire informati come una specificazione dell'obbligo di agire in modo diligente di cui all'art. 2392 c.c., ritiene che la disposizione di cui all'art. 2381, comma 6, c.c. sarebbe preordinata a soddisfare l'esigenza di un costante flusso informativo fra organi delegati ed il consiglio di amministrazione⁴⁴.

Tuttavia, l'estensione dell'obbligo di agire informato a tutti gli ambiti dell'attività sociale produrrebbe un risultato in aperto contrasto con l'attuale distribuzione di poteri e doveri all'interno del consiglio di amministrazione, riportando in vita proprio l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione: il potere/dovere di agire informati, dunque, se riferito all'intero complesso della gestione societaria, si tramuterebbe di fatto in un obbligo generale di assumere notizie sulla gestione decisamente più pregnante di quanto attualmente previsto al terzo comma dell'art. 2381 c.c., e molto più ampio di quanto stabilito dall'art. 2392, comma 2, c.c. ante riforma⁴⁵.

⁴³ Sulla stessa linea si v. Cass. pen., 22 novembre 2010, n. 41136.

⁴⁴ Rispetto alla conclusione che il dovere di agire informato del delegante sussiste in relazione alla generale gestione sociale, si v. P. MORANDI, *sub art. 2381*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, I, Padova, 2005, 684, e, con una serie di perplessità, si v. anche il pensiero di M. MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, 1, 100; M. SPIOTTA, *sub art. 2392*, in COTTINO - BONFANTE - CAGNASSO - MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 774 ss.

⁴⁵ Sul punto si v. P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova discipli-*

Dalla serie di osservazioni svolte è dato ricavare una prima osservazione che si fonda sull'idea di come potrebbe essere forse più corretto limitare l'oggetto dell'obbligo di agire informato al solo contenuto del flusso informativo prodotto dall'organo delegato in favore del consiglio di amministrazione, senza ulteriori estensioni e ampliamenti.

Da questa osservazione discende, inoltre, un'ulteriore riflessione sull'estensione dell'obbligo di impedire il fatto illecito altrui: se, infatti alcun problema si ha nel caso in cui le informazioni fornite dagli organi delegati a quelli deleganti contengano specifici segnali d'allarme – essendo previsto all'art. 2392, comma 2, c.c. esplicitamente l'obbligo di prevenire le conseguenze di fatti pregiudizievoli di cui l'amministratore sia venuto a conoscenza – diversa, invece, la situazione nella quale i segnali d'allarme possano essere rinvenuti in settori dell'attività sociale delegata che non è stata oggetto di informativa da parte degli amministratori ad essa preposti.

In questo caso, e contrariamente a quanto prospettato dalla sentenza considerata, non essendo previsto *ex lege* un obbligo di informazione attiva da parte del delegante, quest'ultimo non si troverebbe nella posizione di indagare minuziosamente l'attività gestoria alla ricerca di un qualche segnale d'allarme e, pertanto, non avrebbe neanche l'obbligo di impedire il compimento del reato cui detti segnali d'allarme si riferiscono⁴⁶.

In definitiva, con il *decisum* della Cassazione si ha la sensazione che venga riprodotta quella teoria cd. "dei segnali d'allarme" che la giurisprudenza ante riforma aveva posto a fondamento per giustificare il coinvolgimento di sindaci e amministratori non esecutivi nella responsabilità per reati dolosi.

In sostanza, a ben vedere, la Corte sembrerebbe propendere per una presa di posizione chiara in tema di posizioni di garanzia, lì dove, invece, appare manifesto che l'apertura ai principi della riforma rivesta, in realtà, un carattere meramente enunciativo, come già anticipato, non essendo tali posizioni sostenute da una indagine reale e concreta sugli specifici doveri-poteri degli amministratori non esecutivi e sulla loro capacità di impedire i reati commessi dagli amministratori operativi.

Tutto questo equivarrebbe a sostenere una omissione nell'indagine sui reali doveri-poteri giuridici degli amministratori deleganti, non essendo stata avvertita l'esigenza di compiere una tale analisi, ed essendo state risolte le vicende da parte della Corte sotto un profilo diverso da quello della posizione di garanzia: ossia sul piano dell'elemento soggettivo.

na della delega amministrativa, cit., 504 ss.

⁴⁶ Fermo restando, tuttavia, che l'eventuale conoscenza passiva del segnale d'allarme, in quanto comunicato da terzi estranei al consiglio di amministrazione, obbliga in ogni caso il delegante a richiedere le opportune informazioni ai sensi dell'art. 2381, comma 6, c.c.

La soluzione che la Corte ci offre è, dunque, a monte, lì dove si esclude che tali soggetti possano essere chiamati a rispondere, difettando in capo ad essi l'elemento della conoscenza, elemento che l'articolo 2392 c.c. pone quale presupposto del dovere di attivarsi concretamente per impedire il verificarsi fatti pregiudizievoli.

Ed è questo quello che la Corte nelle sue pronunce afferma, ossia l'impossibilità di accertare una responsabilità per mancato assolvimento da parte dell'accusa, dell'onere di dimostrare la conoscenza dell'evento illecito (e quindi l'elemento soggettivo nel reato *de quo*) da parte degli amministratori non esecutivi.

5. Responsabilità degli amministratori non esecutivi e potere di impedimento dell'altrui reato

La dottrina si è espressamente occupata della struttura del reato omissivo improprio, andando ad evidenziare come l'obbligo giuridico di impedire l'evento può costituire titolo per l'affermazione della responsabilità penale solo se il soggetto cui è attribuito il dovere di impedimento dispone dei poteri idonei al perseguimento di questo obiettivo⁴⁷. Per la sussistenza del dolo, inoltre, è necessaria sia la conoscenza dell'obbligo giuridico di garanzia o anche la mera situazione ad esso sottesa, la rappresentazione dei presupposti di fatto che richiedono l'attivazione dei poteri di controllo nonché della volontà di non impedire il verificarsi dell'evento, che è conseguenza di tale omissione⁴⁸.

La presenza di poteri impeditivi concretamente idonei a prevenire la verifica dell'evento del reato è il punto fondamentale nel giudizio di sussistenza di responsabilità penale ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. al fine di verificare, quali poteri di impedimento del fatto dell'amministratore delegato siano stati in astratto conferiti all'amministratore delegante dalla riforma del diritto societario.

Ad una tale analisi fa seguito, l'ulteriore elemento della sussistenza, nel caso concreto, del nesso di causalità fra omissione del delegante ed evento pregiudizievole per la società: trattasi di elemento, quello relativo al nesso di causalità, imprescindibile, non essendo l'esistenza di un potere impeditivo dell'illecito altrui

⁴⁷ V.I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di vigilanza e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 123 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1987, 327 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 77; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 142; F. STELLA, *sub art. 40*, in A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 140 ss.; M. ROMANO, *sub art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 383.

⁴⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2011, 322. Circa la configurabilità del dolo eventuale nel reato omissivo improprio si vedano: Cass., 31 marzo 1952, in *Giust. pen.*, 1952, II, 734; 30 maggio 1990, in CED 186.203; 06 dicembre 1991, *ivi*, 189.762; 05 aprile 1995, *ivi*, 201.325. nonché, più recentemente, Cass. pen., 4288/11.

di per sé sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità del soggetto che si trova in una posizione di garanzia⁴⁹.

Affinché si concretizzi quel nesso di causalità è necessario, infatti, che l'evento da impedire non si sia ancora prodotto e che il soggetto tenuto ad attivarsi, ometta di farlo, consentendo in tal modo la verifica dell'evento di danno⁵⁰.

Attualmente un amministratore non esecutivo che intenda agire per prevenire il comportamento illecito di un amministratore delegato di società di capitali, ha dalla sua tutta una serie di poteri che vanno dalla sollecitazione del Pubblico Ministero – affinché attivi il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. – alla revoca della delega all'amministratore esecutivo – ovvero la sua sostituzione – sino all'esercizio della c.d. competenza concorrente del consiglio di amministrazione e all'impugnazione della delibera consiliare.

Orbene, a differenza di quanto previsto nella preventiva disciplina, a seguito del d.lgs. 6 del 2003, il ruolo del Pubblico Ministero e la stessa operatività dell'art. 2409 c.c. risultano notevolmente ridimensionati, comportando una ridotta idoneità di tale strumento ad impedire la verifica dell'evento di un reato: ed infatti, la denuncia al Tribunale, oltre ad essere ammessa nell'ambito delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è ammissibile esclusivamente in caso di fatti che cagionino un danno alla società. Pertanto, la norma in esame non potrà essere utilizzata dall'amministratore non esecutivo se il fatto illecito di cui sia venuto a conoscenza non concretizza un danno ai soci oppure a terzi estranei alla compagine sociale⁵¹.

In sostanza, la nuova formulazione della norma, escludendo una serie di irregolarità nella gestione, restringe l'ambito di applicazione del controllo giudiziario sulla gestione⁵².

⁴⁹ Applicando a tali tipi di reato i criteri dell'imputazione oggettiva dell'evento abbinati ad una teoria causale quale *id quod plerumque accidit* oppure la causalità adeguata risulterebbe più agevole imputare prima ed accertare dopo la responsabilità penale per l'omittente delegante.

⁵⁰ Diversamente, se l'evento si fosse già realizzato, o se il potere impeditivo non avesse potuto comunque impedirne la verifica, non si potrebbe configurare il peculiare nesso di causalità fra omissione ed evento richiesto dall'art. 40, comma 2, c.p.: trattasi di una indagine influenzata in modo particolare dagli accadimenti del caso concreto e che sovente non viene tenuta in debito conto dalla giurisprudenza, sebbene rappresenti un dato prezioso per affermare, nelle singole fattispecie, la responsabilità a titolo di reato omissivo improprio.

⁵¹ Si pensi, rispettivamente, ad un'appostazione contabile scorretta effettuata per coprire un fondo nero che diminuisce o azzerava l'utile da ripartire ovvero ad una condotta truffaldina operata nei confronti dei creditori o dei clienti. Cfr M.G. PAOLUCCI, *sub art. 2409*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 1002 ss. e G. TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società* – Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 138 ss.

⁵² Come sottolineato dalla dottrina le *possibilità di impedimento*

Qualora, invece, si intenda procedere alla revoca della delega o sostituzione dell'amministratore delegato con altro amministratore, la titolarità di tale potere impeditivo viene attribuita al Consiglio di amministrazione, non al consigliere delegante: in questo caso la scelta del Consiglio di amministrazione potrebbe essere quella di non dare seguito alle richieste del delegante, anche nel caso in cui quest'ultimo sia stato in grado di dimostrare la sussistenza di concreti segnali d'allarme. In definitiva sebbene venga a mancare un autonomo potere impeditivo del delegante, non può escludersi che la mera comunicazione della sussistenza di un'operazione pregiudizievole in seno al Consiglio, possa concretamente indurre l'amministratore delegato a non proseguire nella consumazione del reato.

La nuova formulazione, poi, dell'art. 2381, comma 3, c.c. consente al consiglio di amministrazione, in ogni momento, di avocare a sé le operazioni oggetto della delega e di svolgerle al posto dell'amministratore esecutivo: trattasi di un'altra situazione nella quale l'esercizio del potere da parte del Consiglio esclude in capo al consigliere non operativo un potere di impedimento, essendo titolare solo di un potere di impulso: spetterà ad una decisione collegiale l'effettiva predisposizione della opportune cautele preventive.

Per quanto concerne, infine l'impugnativa della delibera consiliare, il d.lgs. 6 del 2003, riformulando l'art. 2388 c.c., ha previsto la possibilità per il singolo amministratore, assente o dissenziente, di impugnare le delibere del consiglio che non sono conformi alla legge ovvero allo statuto.

Questo potere, originariamente limitato alle delibere assunte in conflitto di interessi, può, in astratto, costituire un valido strumento di impedimento del reato altrui.

In astratto, solo nel caso in cui la decisione consiliare cristallizzata nella delibera costituisca un elemento necessario della condotta criminosa si potrà considerare l'impugnazione da parte del delegante come realmente finalizzata ad impedire la commissione del reato. Nelle ipotesi, invece, in cui la condotta criminosa dell'amministratore esecutivo sia completamente svincolata dall'assunzione di una decisione formale del consiglio, l'impugnativa della delibera non sarà di per sé assolutamente idonea ad impedire che il reato giunga a suo compimento.

Come si può evincere dai rilievi svolti, l'effettiva presenza di poteri idonei di impedimento e la sussistenza del nesso eziologico fra mancata attivazione del

*dell'evento dipendono dal comportamento di soggetti (Pubblico Ministero e Tribunale) sui quali il titolare della posizione di garanzia non ha alcuna possibilità di controllo; pertanto, il comportamento diligente dell'amministratore non esecutivo che richiede al Pubblico Ministero l'avvio del procedimento di controllo giudiziario rende solo probabile – non certo – che venga arrestata la consumazione del reato in corso prima della produzione dell'evento, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 209 ss.*

delegante e l'evento dannoso non possono più essere dati per scontati dalla giurisprudenza, se non al rischio di ritornare ad una situazione di responsabilità penale che vede l'imputato condannato paradossalmente per ragioni che poco si discostano dalla mera assunzione dell'incarico di amministratore.

6. Ruolo degli amministratori non esecutivi tra mito e realtà

Per comprendere pienamente il ruolo degli amministratori non esecutivi, mi piace lasciare spazio alle parole della dottrina, nella persona di Antolisei, il quale con ironia assolutamente realistica, ci offre un quadro che nessun altro avrebbe potuto con tanta efficacia rappresentare, nella descrizione del ruolo che ricoprono gli esecutivi ed i non esecutivi. Secondo questa rappresentazione realistica, solo gli amministratori delegati *sanno quello che bolle in pentola e in definitiva fanno quello che vogliono: il bello e il cattivo tempo. Gli altri consiglieri non sono molto di più che comparse; nomi risonanti per la loro posizione nella finanza, nella politica e nella professione oppure uomini di fiducia dei padroni dell'impresa [...] sanno ben poco della situazione e degli affari della società, specialmente quando si tratta di grandi e complessi organismi, e non esercitano nessuna influenza sulla gestione sociale del resto, in pratica, vengono convocati molto di rado, e precisamente nei casi in cui la legge e lo statuto lo prescrive in modo tassativo e quando – è inutile tacerlo – ai veri gestori dell'azienda torna chiamare altri a condividere la loro responsabilità*⁵³.

Non è l'unica posizione critica che ritroviamo in dottrina rispetto all'effettivo ruolo avuto dai componenti del Consiglio, avendo già la dottrina del secolo scorso espresso pareri decisamente più severi:

*Molti di essi [consiglieri], specialmente nei consigli numerosi, vi partecipano solo per profitare degli affari sociali a vantaggio dei propri; altri per la vanità di figurarvi accanto a banchieri e uomini politici influenti; altri ne hanno fatto un vero e proprio mestiere sedendo nei consigli di parecchie società dove accumulano senza fatica medaglie di presenza e partecipazione agli utili. Così questi consigli compiono spesso un mero ufficio decorativo, in balia di un direttore o di un amministratore che fa da padrone*⁵⁴.

Ed ancora, sempre con riferimento alla realtà italiana, si legge di soggetti definiti «collezionisti di cariche», ossia di consiglieri che siedono contemporaneamente in più consigli di amministrazione in virtù del «blasone e del prestigio» e di professionisti che si ritrovano in una sorta di *circolo virtuoso chiuso, nel quale è difficile intuire dove inizia il gioco della domanda e della offerta*⁵⁵.

⁵³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi Complementari*, I, Milano, 1999, 85.

⁵⁴ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1883, I, 481.

⁵⁵ Sul punto si v. F. PAVESI, *Corporate Governance – Tante poltrone*

Questa la visione nel panorama giuridico italiano, che ha visto nel corso degli anni l'attenzione degli interpreti concentrata sulla struttura interna dei consigli di amministrazione e sull'insieme di doveri e poteri che almeno in astratto avrebbero dovuto guidare il lavoro degli amministratori non esecutivi.

In realtà, le critiche a questo tipo di indagine sono nate dalla constatazione che per quanto lo studio e l'astratta tipizzazione di ruoli, all'interno di un assetto di poteri-doveri auspicato ma assente sulla carta, si riveli prezioso, ciò che davvero rileva è il controllo dell'informazione societaria ed il potere di fatto che lo rende possibile.

Tutto nasce da qui, da quell'informazione societaria di cui il consiglio di amministrazione ha fortemente bisogno e che, tuttavia, sembra essere nelle mani di quei pochi – gli esecutivi – che di fatto hanno il tempo e la possibilità di raccogliere e mettere insieme le informazioni⁵⁶.

Ed invece, quello che l'esperienza concreta dimostra, è che non solo gli esecutivi compiono un lavoro di filtraggio delle informazioni, bensì che i membri del consiglio privi di deleghe si trovano spesso a decidere sulla base di documentazione fornita loro nelle riunioni dai delegati, e per di più nell'impossibilità, come accade per l'approvazione del progetto di bilancio, di eseguire verifiche delle comunicazioni sociali. Gli amministratori privi di deleghe *finiscono per fare un "atto di fede" sulla perizia, sulla solerzia e sull'onestà intellettuale dei funzionari amministrativi e, sopra questi, dell'amministratore delegato*⁵⁷.

Lo studio e l'analisi della realtà concreta dei consigli di amministrazione, al di là di miti e astrazioni, dimostra che i consiglieri di amministrazione hanno in concreto poteri decisamente ridotti, e, come affermato dalla dottrina statunitense, si connotano per una conoscenza dell'impresa piuttosto superficiale: per qualcuno il loro ruolo sarebbe di mero assenso⁵⁸ per altri essi si presentano quali «persone servili e docili nominate dal manager-proprietario»⁵⁹.

Sulle tematiche relative agli amministratori non esecutivi, molti studi sono stati portati avanti negli Stati Uniti, dove, al pari di quanto accaduto nel nostro Paese, si è ritenuto che solo una dottrina priva di esperienza sul campo, e soprattutto carente dei meccanismi

per pochi, in *Il Sole 24 Ore*, 2 luglio 2005.

⁵⁶ Come ha ben chiarito la dottrina rispetto ai consigli di amministrazione: «per la maggior parte de casi non hanno né il tempo né la possibilità di raccogliere questa informazione in modo indipendente: essi vengono quindi a conoscenza delle notizie riguardanti la società tramite gli stessi manager che dovrebbero controllare» (L. ZINGALES, *Interessi dell'azienda e poltrone di comando*, in *Il Sole 24 Ore*, 14.11.2006, 9).

⁵⁷ L. DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Le società*, 2006, 4, 401.

⁵⁸ J.K. GALBRIGHT, *L'economia della truffa*, cit., 54 ss.

⁵⁹ M.L. MACE, *Directors: myth and reality*, Boston, Harvard University, 1971, 2.

di funzionamento di un consiglio di amministrazione, può davvero immaginare un coinvolgimento diretto dei non esecutivi nella gestione della società⁶⁰.

In definitiva, punto di approdo anche per l'analisi americana è rappresentato dalla constatazione che sia nelle *public companies* che nelle società ad azionariato diffuso, gli amministratori non esecutivi poco hanno a che vedere con la gestione quotidiana degli affari: una buona parte delle decisioni, infatti, sarebbero prese dagli amministratori esecutivi e da dipendenti della società che non sono membri del consiglio di amministrazione. Un vero e proprio coinvolgimento del consiglio, nella sua componente non esecutiva, è rinvenibile solo nelle vicende maggiormente significative, e ciò nonostante il fatto che le decisioni di ordinaria amministrazione assunte dagli esecutivi possano da fatto incidere in modo sensibile nella vita societaria⁶¹.

Le considerazioni svolte tanto in Italia quanto dalla dottrina americana permettono di spiegare nella riforma del diritto societario, la scelta del legislatore di eliminare il dovere, in origine in capo agli amministratori non esecutivi, di vigilare sul generale andamento della gestione, prevedendo un più ampio obbligo informativo degli organi delegati al consiglio rispetto alle operazioni più rilevanti.

In un certo senso la scelta del legislatore nasce dalla volontà di valorizzare al meglio il contributo che i consiglieri senza delega possono fornire nelle scelte decisionali cruciali per la vita dell'impresa, nella gestione dei conflitti di interessi, etc..

E tutto questo, come chiarito precedentemente, senza trovarsi nella condizione di condividere gli stessi "dolori" ovvero lo stesso destino che toccherà gli esecutivi, senza, cioè, quel vincolo di solidarietà che per anni ha accompagnato il loro operato, pur essendo chiaro da tempo quale il ruolo concretamente assolto dai deleganti, al di là di ogni mitologica rappresentazione.

⁶⁰ Come è stato sostenuto, un tale pensiero sarebbe distorto da quanto accade nella pratica quotidiana: *l'esperienza professionale dell'uomo di legge nei tribunali, nei corpi legislativi o politici, porta il giurista ad assumere che tutti i processi decisionali sono inevitabilmente da una serie di distinte, separate questioni presentate una alla volta, dibattute da entrambe o comunque da tutte le parti coinvolte e oggetto poi di votazione. Nella realtà i consigli d'amministrazione non operano mai in questo modo [...] (B. MANNING, *The business judgment rule and the director's duty of attention: time for reality*, 39 *Bus. Law.*, 1984, 1477).*

⁶¹ *Per procedere penalmente contro gli outside directors, il prosecutor deve provare che essi erano pienamente consapevoli delle reali condizioni finanziarie della società e del divario esistente tra le attestazioni pubbliche fatte dagli esecutivi e le effettive situazioni finanziarie della compagnia. Ma questa prova si rivela quasi impossibile. Quando gli esecutivi tentano di commettere una frode a loro personale vantaggio, essi trovano ben più semplice mentire al consiglio sulla effettiva situazione patrimoniale della società, piuttosto che coinvolgere il consiglio nella realizzazione della frode. Il saggio si conclude con l'amara considerazione che molto spesso i consiglieri sono circuiti dai loro stessi esecutivi (J.R. KROGER, *Enron, Fraud and Securities Reform: An Enron Prosecutor's Perspective*, in 76, *University of Colorado Law Review*, 2005, 95).*

7. "Non esecutività" e amministratori indipendenti

La figura degli amministratori indipendenti trova il suo ingresso nel sistema dei mercati finanziari per garantire il raggiungimento di una buona *governance*.

Sebbene trattasi di una figura introdotta con le migliori intenzioni in termini di risultato da conseguire, nel dibattito giuridico si è diffuso un certo scetticismo rispetto alla capacità di questi soggetti di proteggere gli azionisti di minoranza⁶².

Ritengo, invece, che questa nuova figura di amministratori abbia svolto sin dagli esordi della sua "apparizione" un ruolo importante nel miglioramento nella *governance* delle società italiane quotate, né si può dubitare sul fatto che nel corso degli ultimi anni ci sia stato un incremento in termini di presenza degli amministratori indipendenti, con una percentuale che in molti casi sfiora un terzo dei componenti dei consigli di amministrazione, e che aumenta all'aumentare delle dimensioni della società.

Al di là del tipo di modello societario in uso, l'introduzione degli amministratori indipendenti nell'assetto societario ha di fatto potenziato e rafforzato il consiglio di amministrazione verso un sistema di *monitoring board*, all'interno del quale si realizza una sempre più netta diversificazione del ruolo degli amministratori delegati, rispetto alla restante componente degli amministratori deleganti.

L'esperienza sul campo ha, poi, confermato che tanto maggiore è il ruolo positivo degli amministratori indipendenti, quanto più elevate sono la qualità professionali e la reputazione: non si tratta solo di un arricchimento del dibattito consiliare, bensì di un attento lavoro di monitoraggio delle operazioni in conflitto di interesse, che molto spesso ha, altresì, consentito di valutare in modo ponderato le varie soluzioni in campo, per poi assumere le decisioni gestionali ritenute a garanzia degli interessi di tutti i soci.

Qualora, poi, le cariche di presidente e di amministratore con deleghe siano concentrate in un'unica persona, la presenza di amministratori indipendenti può rappresentare un ulteriore elemento di garanzia e

⁶² Per una analisi sugli strumenti di tutela delle minoranze mi sia consentito rinviare a C. RUGGIERO, *La tutela delle minoranze nel testo unico della finanza*, in M. RISPOLI (a cura di), *Il Mercato finanziario*, Milano, 2005, 303 ss. C'è chi in dottrina ha messo in discussione, rispetto alla figura degli amministratori indipendenti, proprio la loro capacità di essere realmente indipendenti: *si ha ragione di temere che presso di noi, a fronte di enfatiche indicazioni sull'indipendenza di questo o quell'amministratore, non via sia però una corrispondente attenzione sull'effettiva idoneità dei requisiti richiesti e sui meccanismi di verifica in ordine al possesso e al mantenimento nel tempo di quei requisiti da parte dei soggetti che se ne fregiano*, così A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli Amministratori indipendenti*, cit., 238. Si veda inoltre, ad approfondimento dell'argomento, N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, cit., 5 ss.; R. RORDORF, *Gli Amministratori indipendenti*, cit., 154; G. FERRARINI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e lead independent director*, in *Assogestioni, La Corporate Governance ed il risparmio gestito*, 2006, 38.

fa certamente da contrappeso ai vari interessi in atti.

Circa il significato della parola “indipendenza”, all’interno della quale si annidano i principali problemi relativi alla sua disciplina ed alla sua applicazione, le difficoltà non sono mancate: innanzitutto, come sottolineato da più parti, il concetto di indipendenza si presenta come qualcosa di relativo, e dipendente prima di tutto dalla personalità e dalla caratura morale ed intellettuale di ciascuno⁶³.

Vi è, poi, chi parla di *capitale reputazionale*⁶⁴ per spiegare il concetto di indipendenza, ossia chi ritiene che il grado di indipendenza sia tanto maggiore quanto maggiore è la reputazione che il soggetto ha e di cui gode per il proprio valore intellettuale e personale⁶⁵.

Come si può facilmente intuire, le interpretazioni del concetto “indipendente” sono tante, e legate quasi certamente al delicato ruolo che viene riconosciuto a tale categoria di amministratori e agli obiettivi che si è inteso raggiungere con il loro inserimento, ma portano tutte ad una serie di considerazioni dalle quali non è dato prescindere.

Per un verso si può convenire in modo più o meno unanime sull’opportunità di avere all’interno delle società amministratori indipendenti, come da suggerimenti anche dell’Unione Europea, destinati a garantire l’affidabilità dei mercati finanziari ed al contempo anche un certo grado di competitività.

Sotto altro e diverso profilo, invece, la sensazione riscontrata è che sino ad oggi vi sia stata una scarsa attenzione rispetto ai requisiti posti a base

dell’indipendenza, o meglio che non sia stato tenuto in giusta considerazione né il profilo dell’effettività dei requisiti di volta in volta richiesti né tantomeno il meccanismo di verifica circa il loro mantenimento nel tempo⁶⁶.

Orbene, tenuto conto dell’assetto normativo e culturale che caratterizza il nostro paese a livello societario, è da ritenere che l’identificazione degli amministratori indipendenti deve necessariamente essere collocata all’interno di uno spazio giuridico ben determinato.

E questo spazio non può che essere proprio l’area della “non esecutività”, presente oramai nelle imprese di medie e grandi dimensioni, all’interno delle quali si è reso necessario e quanto mai inevitabile procedere ad una distinzione tra i soggetti che operano quotidianamente – amministratori esecutivi – e chi invece è tenuto a “prendere atto” periodicamente – amministratori non esecutivi – volendo prendere in prestito le parole della dottrina che ben esprimono il concetto.

In sostanza, nelle grandi società, all’interno del consiglio di amministrazione, è possibile immaginare che sia proprio la categoria della “non esecutività” a permettere e garantire una effettiva indipendenza: è solo all’interno della categoria dei non esecutivi che è possibile, e molto spesso doveroso, prevedere la presenza degli amministratori indipendenti⁶⁷, sebbene, è il caso di precisare, non tutti gli amministratori non esecutivi devono essere non indipendenti.

Naturalmente, una tale presa di posizione non può che determinare il diverso assunto che esclude di poter far rientrare gli amministratori indipendenti nella categoria degli esecutivi, e ciò proprio in virtù dell’incarico e del ruolo da essi ricoperto che mal si concilierebbe con i requisiti posti a fondamento della tanto sospirata e ricercata indipendenza.

Questo quello che accade nel modello di *governance* monistico e che rappresenta, per una parte della dottrina, il primo dei tre livelli graduati di indipendenza esistenti⁶⁸.

⁶³ Sul punto si veda, R. RORDORF, *Gli Amministratori indipendenti*, cit., 152. *L’indipendenza non può essere concepita come una qualità assoluta, che un soggetto possa possedere nei confronti di chiunque [...] consente al soggetto in questione di svolgere al meglio la funzione cui è chiamato. Il tema della funzione richiama così immediatamente quello dell’interesse per la cui protezione la funzione è creata e deve essere esercitata*, così F. DENOZZA, *I requisiti di indipendenza*, 2005, su www.nedcommunity.it. Ed ancora, parlando di amministratori indipendenti si legge: *ciò che interessa è la presenza, almeno in determinate situazioni, di amministratori autonomi [...] capaci cioè di resistere per statura morale o per contingente convenienza, [...] alle pressioni che la vita immancabilmente e più o meno pesantemente eserciti; persone, cioè, in grado di conservare la propria libertà di giudizio e di scelta, quand’anche ci siano determinati vincoli o sopravvengano vincoli prima inesistenti o si enfatizzino quelli preesistenti*, A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli Amministratori indipendenti*, cit., 247.

⁶⁴ Indipendente è l’amministratore che ha un valore di reputazione proprio superiore al valore della carica, valore ovviamente da intendersi non nel senso di valore marginale della moneta, ma valore personale e professionale proprio. Sul punto si v. P. FERRO - LUZZI, *Indipendente...da chi? da cosa?*, in *Rivista delle società*, 2008, 207.

⁶⁵ In realtà il criterio reputazionale subisce non poche perplessità, soprattutto considerato che in determinati contesti occorre la possibile perdita di reputazione da parte di un amministratore non sempre garantisce il rispetto delle regole societarie e soprattutto il rispetto dell’indipendenza richiesta per il tipo di incarico da svolgersi. Per un approfondimento sul punto si veda J.C. COFFEE JR, *Gatekeepers – The Professions and Corporate Governance*, 2008, 5 ss.

⁶⁶ *Sembra allora urgente un impegno serio e generale [...] affinché il tutto non si riduca ad un orpello bello a vedersi, ma inutile in pratica; ad una finzione che poi, quando scoperta, o magari sottoposta all’imprevedibile lettura dei nostri giudici, potrebbe finire con il produrre guasti devastanti, incongruenze sistematiche e costi di gran lunga superiori ai benefici prodotti, se mai prodotti. Temo, pertanto, che l’ipocrisia, infezione latente e letale come la nostra, troppo indulgente verso le seduzioni dell’immagine, possa aggredire l’istituto qui in esame, impedendo allora gli interpreti ad elaborare imponenti teorie in relazione ad ombre silenziose.* A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli Amministratori indipendenti*, cit., 238.

⁶⁷ Sul tema relativo ai poteri, doveri e responsabilità in capo agli amministratori non esecutivi e indipendenti, si v. U. TOMBARI, *Amministratori indipendenti, sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2012, I, 518; A. PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in cit., 244.

⁶⁸ N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, I, 5 ss.

Il primo livello, appunto, è rappresentato dal modello monistico, e precisamente all'art. 2409-*septiesdecies* è richiesto che almeno un terzo degli amministratori devono essere in possesso di quei requisiti di indipendenza previsti dall'art. 2399 c.c.

Segue, poi, il grado di indipendenza previsto a livello statutario⁶⁹, valido per tutte le società, a prescindere dal modello di amministrazione scelto, di cui all'art. 2387 c.c.⁷⁰.

Resta, infine, l'ultimo livello di indipendenza, rappresentato dalle previsioni per le società quotate, per le quali l'art. 147-*ter* TUF prevede che almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione – che diventano due se i componenti sono sette – deve possedere i requisiti di indipendenza previsti per i sindaci dall'art. 148, co. 3, e lascia allo statuto il compito di individuare i meccanismi per raggiungere questo risultato⁷¹.

Rispetto ai tre livelli di indipendenza descritti, forti perplessità, condivise su più fronti, restano proprio con riferimento alla possibilità di inserire figure indipendenti nell'esercizio dell'autonomia statutaria, in forza della quale le imprese devono essere in grado, all'atto nella nomina di amministratori indipendenti, di verificare e valutare non solo l'esistenza di determinati requisiti, quali l'adeguatezza professionale e la coerenza dei comportamenti tenuti, bensì che gli stessi soggetti tenuti a compiere l'opera di monitoraggio dei requisiti richiesti siano essi stessi soggetti capaci di scelte indipendenti, e non in contrasto con i vari interessi della società.

⁶⁹ E con riferimento a ciò che può prevedersi in materia di amministratori indipendenti all'interno dello statuto, occorre considerare anche la previsione normativa contenuta nell'art. 2351 c.c., co. 5, in cui si dice che «*Gli strumenti finanziari di cui agli articoli 2346, sesto comma, e 2349, secondo comma, possono essere dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati e in particolare può essere ad essi riservata, secondo modalità stabilite dallo statuto, la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco. Alle persone così nominate si applicano le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipano.*».

⁷⁰ L'articolo in questione prevede espressamente che «lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Si applica in tal caso l'articolo 2382 c.c. Resta salvo quanto previsto da leggi speciali in relazione all'esercizio di particolari attività».

⁷¹ Ai fini del TUF, pertanto, per avere i requisiti di indipendenza, visto il collegamento con l'art. 148, occorre che siano assenti rapporti familiari con gli amministratori esecutivi e che non vi siano rapporti patrimoniali con le società. E sempre con riferimento all'assenza di rapporti patrimoniali, occorre precisare che vi sono anche altri testi normativi che danno una definizione di indipendenza: si pensi, ad es. la previsione per i revisori di cui all'art. 10, co. 2, d.lgs. 39/2010, in cui espressamente si dice che non possono considerarsi indipendenti i revisori che si trovano in relazioni finanziarie, d'affari o di altro genere con l'impresa, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile.

8. Rilievi conclusivi

A conclusione dell'indagine svolta, merita una seria osservazione la modifica apportata all'art. 2392 cc. in tema di diligenza, da molti interpreti salutata come una svolta nel panorama della diligenza professionalizzante e maggiormente in linea con i compiti sempre più impegnativi richiesti agli amministratori di una società.

“Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”. Questa la stesura dell'art. 2392 c.c., che interpreta il dovere di diligenza in una accezione nuova e diversa rispetto al concetto generale di diligenza del buon *pater familias* utilizzato in sede di adempimento delle obbligazioni.

Non a caso, il riferimento alla natura dell'incarico e alla specificità dei compiti cui sono tenuti gli amministratori, viene considerato come superamento di un parametro, quello della diligenza, considerato obsoleto e anacronistico rispetto alla necessità da più parti avvertita di avere un concetto di diligenza dotato il più possibile di una propria autonomia ed in linea con la specificità della materia societaria.

In un certo senso, nonostante il tenore della relazione al codice del 1942, una parte della dottrina ha finito per considerare inadeguato e privo di una propria identità caratteriale il generale principio della diligenza nell'adempimento di una obbligazione, con ciò dimenticando l'importanza di un tale requisito rispetto alla natura dell'incarico assolto, ed a prescindere dal carattere professionale che lo stesso può rivestire.

In sostanza, come spesso capita all'alba di una nuova riforma, foriera di entusiasmi giovani e non ancora ben inquadrati nella realtà delle cose, la sensazione che lo scrivente ha è che l'innovazione introdotta con la modifica dell'art. 2392 c.c. non abbia avuto la portata che molti le attribuivano: in sostanza, si è sostituito un criterio diverso alla diligenza del mandatario, che nulla sembra però aggiungere a quanto evidenziato da dottrina e giurisprudenza, né tantomeno potrebbe affermarsi che sia stato introdotto per gli amministratori un criterio di diligenza in linea con quanto previsto dall'art. 1176 cc., co. 2.

L'espressione *a regola d'arte* utilizzata nell'art. 2392 c.c. altro non rappresenta, a parere di chi scrive, se non una specificazione di quanto riportato al primo comma dell'articolo, e non, invece, il tentativo del legislatore di voler riconoscere una specifica professionalità nella materia societaria.

Un tale equivoco ben potrebbe essere il frutto di un tendenza a confondere la complessità insita nell'attività di gestione con il possesso di una specifica professionalità da parte del soggetto agente, così dimenticando che non ci sono norme di carattere generale che prescrivono espressamente il possesso di requisiti professionali specifici per l'esercizio di una carica amministrativa.

Da quanto affermato, è dato trarre la considerazione che la modifica al concetto di diligenza, in realtà è priva di quella carica innovativa che inizialmente le si voleva attribuire e di questo si ha contezza anche nella parole alla Relazione di accompagnamento della riforma del 2003, lì dove si afferma che gli amministratori, nell'adempimento dei doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto, devono usare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Una tale previsione non significa avere amministratori con competenze specifiche tecniche nei diversi ambiti della gestione, bensì che gli stessi, nell'esercizio di un incarico certamente di particolare delicatezza, devono essere sempre adeguatamente informati e consapevoli nelle scelte di gestione che di volta in volta dovranno assumere, e non agire in via di mera improvvisazione.

Il riferimento alla "natura dell'incarico", a mio avviso, è sempre da ricollegarsi al ruolo ed alla posizione che gli amministratori assolvono all'interno della società, ed eventualmente a profili di responsabilità nell'adempimento del loro incarico, nonché alle qualità personali – "specifiche competenze" – di cui l'amministratore deve essere in possesso all'atto del conferimento dell'incarico: la sussistenza di qualità personali idonee al ruolo da ricoprire, garantiranno una condotta in linea con i livelli di diligenza richiesti, permettendo al contempo di individuare gli esatti confini della responsabilità sia rispetto al ruolo rivestito che alle qualità personali.

In definitiva, anche a voler escludere una portata innovativa alla modifica dell'art. 2392 c.c., non può comunque negarsi l'importanza dei criteri introdotti – natura dell'incarico e specifiche competenze – ai fini della valutazione della condotta tenuta dagli amministratori.

Le considerazioni che precedono non potevano mancare a chiusura dell'analisi svolta, che ha visto affrontate le problematiche connesse ai doveri di diligenza e vigilanza, e le difficoltà legate ad una loro sapiente coniugazione.

E non potevano mancare anche per l'ulteriore considerazione di quanto sia prezioso il criterio della diligenza, nelle sue componenti della natura dell'incarico e delle competenze specifiche richieste agli amministratori, e ancora di più nell'esercizio del potere di delega.

Non si dimentichi, infatti, che il ruolo, le qualità personali, la capacità di gestione degli assetti societari, sono tutti profili che emergono con maggiore forza proprio nell'esercizio del potere di delega, ossia in quel particolare momento di scelte che sono decisive sia nella valutazione dei soggetti delegati sia nelle modalità di esercizio della delega.

Ai deleganti, in definitiva, una doppia responsabilità che investe prima le loro qualità personali nella scelta degli amministratori esecutivi, e successivamente la loro capacità di essere sempre consapevoli e preparati

nelle scelte di gestione societaria attraverso il dovere di agire informati.

A voler riprendere le parole di autorevole dottrina, *i benefici della piena libertà di associazione, che nessuna ingerenza governativa può ormai più frenare o restringere, sarebbero sterili e ingannevoli, se quella libertà non andasse accompagnata dalla indeclinabile responsabilità di coloro che, stando a capo del movimento sociale, possono fare di quella libertà un uso scorretto e riprovevole. Responsabilità che ha appunto per scopo immediato di sollecitarne l'attività e la solerzia, di spingerli nel proprio interesse ad un controllo reciproco, di vincolarli saldamente alle sorti della società, che essi hanno provocato*⁷².

⁷² U. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali, Commento al Codice di Commercio*, Milano, 1924, 567.

Traffico di influenze illecite e successione di leggi nel tempo

Nota a Cass., sez. VI penale, 28 novembre 2014, deposito 11 dicembre 2014, n. 51688

abstract

With the decision under review, the Supreme Court, as a result of the introduction of the crime of "illicit trafficking of influences" has expressed on the important topic of intertemporal profiles about the conduct of trading influence, committed before anti-corruption law, based on boasting relationship really existing between mediator and public official, previously subsumed under the case of influence peddling.

keywords

Trading influence – influence peddling – succession of criminal laws in time.

abstract

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte, in seguito all' introduzione del reato di "traffico di influenze illecite" si è espressa sul delicato tema dei profili intertemporali circa le condotte di trading influence, perfezionate ante legge anticorruzione, basate sulla vanteria di relazioni effettivamente esistenti tra mediatore e pubblico ufficiale, precedentemente sussunte sotto la fattispecie del millantato credito.

parole chiave

Traffico di influenze illecite – millantato credito – successione di leggi penali nel tempo.

Traffico di influenze illecite, art. 346-bis c.p.: presupposti normativi e profili intertemporali

Le condotte di colui che, vantando un'influenza effettiva verso il pubblico ufficiale, si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione o col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale, condotte finora qualificate come reato di millantato credito ai sensi dell'art. 346, commi primo e secondo, c.p., devono, dopo l'entrata in vigore della legge n. 190/2012, in forza del rapporto di continuità tra norma generale e norma speciale, rifluire sotto la previsione dell'art. 346-bis c.p., che punisce il fatto con pena più mite».

Cass., sez. VI penale, 28 novembre 2014,

deposito 11 dicembre 2014, n. 51688

Pres. Agrò - Rel. Garibba

(Omissis)

RITENUTO IN FATTO

p. 1. Con ordinanza del 4 agosto 2014 il Tribunale di Milano confermava il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che aveva applicato la misura cautelare della custodia in carcere a M.M., accusato del delitto previsto dall'art. 319 c.p., per avere, quale "consigliere politico" del Ministro dell'economia T. e quale componente delle Commissioni parlamentari Bilancio e Finanze, ricevuto da Ma.Gi., presidente del Consorzio Venezia Nuova, la somma di Euro cinquecentomila per influire sullo stanziamento di finanziamenti statali per i lavori del MOSE.

Il Tribunale del riesame, dalla chiamata in correità elevata da Ma., corroborata dalle convergenti chiamate di altri concorrenti nel reato (B.P., S.P. e Mi.Cl.) e dagli esiti di conversazioni intercettate, desumeva un quadro indiziario dal quale, in estrema sintesi, risulta che Ma., tramite i buoni uffici di Me.Ro. amministratore della Palladio Finanziaria, si era incontrato con M. e gli aveva promesso il pagamento della somma di cinquecentomila Euro se fosse riuscito a fare inserire nella delibera del CIPE il finanziamento necessario per la prosecuzione dei lavori del MOSE. In effetti, grazie ai contatti tenuti da M. con i funzionari ministeriali, veniva deliberato dal CIPE (il 13.5.2010) e poi disposto con d.l. 31.5.2010 n. 78 un finanziamento di quattrocentomilioni a favore del Consorzio; il successivo 14.6.2010 Ma., nella sede milanese della Palladio Finanziaria versava nelle mani di M. la somma pattuita.

Sulla qualificazione giuridica del fatto, il Tribunale osservava che l'indagato, accettando la promessa del denaro, aveva asservito la pubblica funzione ricoperta all'interesse particolare del Consorzio, con violazione dei doveri di indipendenza e imparzialità, per cui era corretta la contestazione del reato di corruzione propria ex art. 319 c.p.

p. 2. Avverso detta ordinanza ricorre la difesa dell'indagato, che enuncia i seguenti motivi:

1. inosservanza delle norme processuali di cui agli artt. 27 e 291, comma 2, c.p.p. Premesso che il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Venezia, investito della richiesta datata 10.6.2014 di emissione della misura cautelare, con ordinanza del 4.7.2014

aveva declinato la propria competenza territoriale in favore del Tribunale di Milano applicando in via d'urgenza la misura richiesta, il ricorrente sostiene che, essendo intervenuta nelle more tra la richiesta e l'ordinanza anzidette, la decisione con cui il Tribunale di Venezia, pronunciando sulla richiesta di riesame presentata dal coindagato Me.Ro., aveva dichiarato la competenza del Tribunale di Milano (nel cui circondario era avvenuta la consegna del denaro versato a M.), il giudice per le indagini preliminari non avrebbe potuto applicare la misura cautelare neppure in via di urgenza, perché privato, a causa della decisione del giudice dell'impugnazione, di ogni funzione al riguardo;

2. erronea applicazione di norme processuali e mancanza e manifesta illogicità della motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Sotto il profilo dell'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni di Ma., lamenta che il tribunale avrebbe ommesso di considerare: che l'affermazione che i fondi creati con la frode fiscale erano destinati alla corruzione dei pubblici ufficiali è contraddetta dalle dichiarazioni di S.P., Bo.Ba.Ma., Bo.Ba.St. e altri, secondo i quali parte dei fondi sarebbe rimasta nella disponibilità personale di Ma.; che costui, per ottenere l'agognato finanziamento, teneva contatti anche con il Ministro T., con i funzionari del suo Ministero e con il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio L.G.; che lacune e discordanze presenti nella narrazione di Ma. non potevano esser giustificate appellandosi all'età avanzata del dichiarante o alla complessità e lontananza nel tempo dei fatti narrati. Sotto il profilo dell'attendibilità estrinseca, assume: che le chiamate in correità provenienti da B. e dalla Mi. non potrebbero fungere da riscontro, perché fonte dei fatti da loro riferiti è lo stesso Ma.; inoltre le rispettive dichiarazioni sono divergenti: per Ma., la richiesta del denaro fu avanzata da Me. e M. a (...), per B., invece, fu formulata da T. a (...); la consegna del denaro secondo Ma. avvenne il 14 giugno e, invece, secondo B., nel luglio 2010. Inoltre non si è tenuto conto: che gli altri partecipanti al Consorzio, pur ammettendo di avere contribuito alla formazione dei fondi neri, non hanno confermato l'accusa di corruzione nei confronti di M.; che, dalle conversazioni intercettate – la cui trascrizione viene allegata al ricorso – non emerge traccia delle presunte influenze esercitate per ottenere la delibera del CIPE;

3. erronea applicazione della legge penale in ordine alla qualificazione giuridica del fatto. La difesa assume: che non è individuabile a carico dell'indagato il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, dato che lo stesso non era titolare di alcuna funzione o potere concernente il finanziamento del MOSE; che il finanziamento deliberato per il lavori del MOSE era legittimo, visto che i successivi Governi continuarono a finanziare l'opera e, pertanto, la pretesa "strumentalizzazione del rapporto di fiducia" con il Ministro T. e le "pressioni" esercitate sui funzionari del

Ministero dovevano essere ricondotte nella fattispecie prevista dall'art. 318 c.p. o in quella nuova introdotta dall'art. 346-bis c.p., cosicché, tenuto conto delle pene comminate per queste figure di reato, l'applicazione della misura custodiale era inibita dalla disposizione dell'art. 280 c.p.p.;

4. erronea applicazione delle norme processuali e vizio di motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza delle esigenze cautelari. Sostiene che il Tribunale avrebbe motivato solo in modo apparente sull'esistenza di un pericolo attuale e concreto di reiterazione del reato e sulla inadeguatezza di altre misure a prevenire detto pericolo, sottovalutando che sono trascorsi quattro anni dai fatti, che l'indagato è incensurato, che non ricopre alcun ruolo istituzionale, che lo stato di salute è incompatibile con il regime detentivo. Censura infine che il Tribunale, violando il principio devolutivo dell'impugnazione, prendendo spunto da un episodio di corruzione ascritto al generale della G. di F. Sp., abbia ravvisato anche il pericolo di inquinamento probatorio;

La difesa, pertanto, conclude chiedendo l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

La dichiarazione di incompetenza per territorio pronunciata dal Tribunale di Venezia nel procedimento cautelare a carico di Me.Ro. non poteva sicuramente espandere i suoi effetti sul distinto e separato procedimento a carico dell'odierno ricorrente, cosicché il giudice per le indagini preliminari, legittimamente investito della richiesta di emissione della misura cautelare prima ancora che fosse adottata l'anzidetta pronuncia, doveva necessariamente decidere sull'applicazione della misura medesima e, nell'esercizio dello *ius dicere*, come ogni giudice che si accinge a giudicare, aveva anche il potere di verificare preliminarmente, in piena autonomia, la propria competenza.

Di fatto il giudice per le indagini preliminari si è dichiarato incompetente e, però, avvalendosi della facoltà riconosciutagli dall'art. 291, comma 2, c.p.p., ritenuta l'urgenza di soddisfare le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p., ha disposto l'applicazione della misura richiesta, trasmettendo gli atti al Tribunale di Milano. Avendo il giudice operato con osservanza delle disposizioni di legge, nessuna illegittimità è stata commessa.

Aggiungasi che il ricorrente non ha un interesse concreto a coltivare la questione testé risolta, perché la misura cautelare attualmente in essere è quella deliberata dal giudice al quale gli atti sono stati trasmessi per competenza e la sua validità non dipende in alcun modo dalla decisione che l'ha preceduta, la cui pretesa nullità non potrebbe pertanto dispiegare effetto ultrattivo.

p. 2. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

Infatti l'ordinanza impugnata contiene un'adeguata valutazione critica dell'attendibilità sia intrinseca che estrinseca della chiamata in correità proveniente da Ma.Gi., nonché una logica confutazione delle deduzioni esposte dalla difesa a sostegno della richiesta di riesame.

In particolare il Tribunale ha diffusamente argomentato:

- che le dichiarazioni di Ma. sono credibili perché caratterizzate da immediatezza, univocità, spontaneità, genuinità, costanza, coerenza logica, assenza di sentimenti di inimicizia o di altri motivi perturbatori;
- che il dichiarante, prima ancora di accusare gli altri, aveva accusato se stesso e, anche dopo l'attenuazione del regime cautelare, aveva continuato a collaborare con gli inquirenti;
- che le lacune e imprecisioni rinvenibili nella narrazione vanno attribuite a dimenticanze giustificate dall'età (il dichiarante è ultraottantenne) e, comunque, non incidono sui momenti fondamentali per la ricostruzione del fatto;
- che le dichiarazioni di Ma. e B., pur divergenti su circostanze di secondaria importanza, coincidono sul nucleo essenziale dell'accusa;
- che i contatti tenuti da Ma. con il Ministro T. o con il sottosegretario L. non escludono che l'accordo corruttivo sia stato concluso solamente con l'indagato;
- che il mero sospetto, affacciato da S. e altri consorziati, che parte dei fondi neri accumulati sia finita nelle tasche di Ma., non essendo corroborato da elementi concreti, non può smentire le affermazioni del chiamante in correità e, comunque, non vale ad escludere che altra parte sia stata effettivamente impiegata per corrompere i pubblici ufficiali che hanno favorito il Consorzio.

Si osserva, poi, che la censura secondo cui le dichiarazioni di B., S. e Mi. non potrebbero riscontrare – essendo de relato – quelle rese da Ma., è fondata solamente per la parte in cui riferiscono notizie apprese da quest'ultimo, stante la palese “circularità” che le caratterizza, ma non può valere quando gli stessi raccontano cosa hanno fatto a seguito delle notizie ricevute (la raccolta dei fondi necessari per il pagamento del compenso).

Inoltre, come ampiamente illustra l'ordinanza impugnata, gravi e precisi elementi a sostegno dell'accusa – che, da un lato, confermano la chiamata in correità e, dall'altro, costituiscono autonomi indizi a carico – si traggono dall'intercettazione delle comunicazioni intercorse (via filo e sms) tra Ma. e Me., che consentono di ricostruire lo sviluppo della vicenda per cui è processo, dall'approccio con l'indagato ai risultati del

suo interessamento fino agli incontri predisposti per il pagamento della somma pattuita.

La motivazione stesa per giustificare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza è, dunque, logicamente completa e coerente, e resiste alle censure sollevate dalla difesa, che si risolvono, per la maggior parte, nel proporre una diversa valutazione – non consentita nel giudizio di legittimità – degli elementi già esaminati dal giudice di merito.

p. 3. Il terzo motivo di ricorso, che censura la qualificazione giuridica attribuita al fatto, è fondato.

Preliminarmente è opportuno ribadire che il delitto di corruzione appartiene alla categoria dei reati c.d. propri, con la peculiarità che, a integrare il fatto tipico, non è sufficiente che l'autore abbia la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, ma è necessario che sfrutti o comunque strumentalizzi funzione o potere connessi all'ufficio per ricevere denaro o altra utilità non dovuti. Occorre cioè che l'atto o comportamento che forma oggetto del mercimonio rientri nella competenza o sfera di influenza dell'ufficio ricoperto dal soggetto corrotto, nel senso che sia espressione della pubblica funzione dallo stesso esercitata, con la conseguenza che non ricorre il delitto di corruzione se l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell'accordo illecito non comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questo ricollegabile, e sia invece destinato a incidere nella sfera di competenza di pubblici ufficiali terzi, rispetto ai quali il soggetto agente è privo di potere funzionale (v. per tutte Cass., sez. 6, 4.5.2006 n. 33435, Battistella, rv 234359).

Ciò premesso, si rileva che l'ordinanza impugnata ravvisa in capo all'indagato la qualifica di pubblico ufficiale principalmente per il fatto che è stato designato dal Ministro T. come suo “consigliere politico” e, in secondo luogo, che individua l'attività illecita da lui compiuta in adempimento dell'asserito accordo corruttivo nell'aver esercitato “pressioni sui funzionari tecnici del ministero” preposti all'elaborazione del testo della delibera del CIPE e poi del decreto legge n. 78/2010, affinché favorissero il Consorzio Venezia Nuova, inserendo nelle delibere lo stanziamento di fondi per la prosecuzione dei lavori del MOSE.

Orbene, a prescindere dal rilievo che non è allegato al fascicolo l'atto formale della nomina dell'indagato a “consigliere politico” e che l'ordinanza impugnata non specifica quali sarebbero poteri e funzioni di rilevanza pubblicistica con tale nomina conferiti, si osserva che la figura del “consigliere politico” non è prevista da alcuna norma giuridica: egli non compone l'organico ministeriale né fa parte della segreteria particolare o dell'ufficio di gabinetto del Ministro. In base a una prassi recentemente introdotta e tutt'altro che consolidata, è un parlamentare che, grazie al rapporto di fiducia con un determinato Ministro, viene da costui discrezionalmente designato come suo consigliere per-

sonale sui temi concernenti la politica. Considerato, dunque, che il “consigliere politico” non ricopre un incarico istituzionalizzato e che la somministrazione fiduciaria di consigli politici non è riconducibile all’esercizio di alcuna delle pubbliche funzioni tipizzate dall’art. 357, comma primo, cod. pen., ne discende che non può essergli attribuita, né sotto il profilo formale né sotto quello sostanziale, la veste di pubblico ufficiale.

Alle anzidette considerazioni, che già di per sé portano a escludere la possibilità di configurare il delitto di corruzione, va aggiunto, alla luce del principio di diritto sopra enunciato, l’ulteriore argomento che l’indagato, nel premere sui funzionari ministeriali affinché soddisfacessero le esigenze di finanziamento del Consorzio Venezia Nuova, non esercitava certamente le prerogative connesse al ruolo di “consigliere politico” del Ministro, ma piuttosto coglieva l’occasione, offertagli dal possesso di quel titolo prestigioso che gli consentiva l’accesso quotidiano alla sede del Ministero, per avvicinare i funzionari che ivi operavano.

Ma la questione della configurabilità del delitto di corruzione non è ancora risolta, posto che il capo d’imputazione contesta all’indagato anche la qualifica di componente delle Commissioni parlamentari Bilancio e Finanze, qualifica che, però, nel caso concreto, è irrilevante, perché non vi fu alcuna strumentalizzazione delle funzioni di componente di Commissione parlamentare; basta il richiamo al principio della divisione dei poteri per rendere manifesta la separazione tra gli atti di Governo che qui vengono in rilievo (le delibere del CIPE e del Consiglio dei ministri) e la funzione legislativa spettante al Parlamento.

Appurato dunque che l’indagato, nel promettere il proprio intervento retribuito a favore del Consorzio nelle procedure destinate a deliberare il finanziamento di opere pubbliche, non ha messo in gioco l’esercizio di pubbliche funzioni, per completezza si deve aggiungere che, allo stato degli atti e salva l’eventuale acquisizione di ulteriori elementi probatori, non è neppure prospettabile ch’egli agisse, nella commissione dei fatti ascrittigli, quale *longa manus* del Ministro o che ne avesse comunque il consenso; ciò perché – come espressamente afferma l’ordinanza impugnata – difettano “in radice elementi che supportino il sospetto di un coinvolgimento” del Ministro del quale l’indagato era “consigliere politico”.

E allora, sgombrato il campo dal presunto mercimonio di funzioni pubbliche, si deve prendere atto che il denaro versato non è servito a retribuire il compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio, ma a compensare la mediazione svolta dall’indagato verso i funzionari ministeriali sui quali vantava capacità di influenza. Si può dunque concludere che il fatto contestato, depurato dell’elemento – allo stato non accertato – del mercimonio di una funzione pubblica, va sussunto nella fattispecie di millantato credito

descritta dal primo comma dell’art. 346 c.p., tenendo presente che il concetto di “millantato credito” comprende anche l’ipotesi che la vantata vicinanza con il pubblico ufficiale sia effettiva.

A questo proposito, risalendo nel tempo, occorre ricordare che il “millantare credito” veniva inizialmente interpretato come vanteria di un’influenza inesistente, idonea a ingannare il c.d. compratore di fumo, il quale, credendo alle parole del millantatore, da il denaro destinato a compensare la presunta mediazione; successivamente, considerato che il reato di cui all’art. 346 c.p. è stato concepito per tutelare il prestigio della pubblica amministrazione piuttosto che il patrimonio del *solvens*, si è focalizzata l’attenzione sulla condotta dell’agente, che si fa dare il denaro rappresentando i pubblici impiegati come persone venali, inclini ai favoritismi, cosicché si è consolidato l’indirizzo ermeneutico secondo cui, per integrare la millanteria, non è necessaria una condotta ingannatoria o raggirante, perché ciò che rileva è la vanteria dell’influenza sul pubblico ufficiale, che, da sola, a prescindere dai rapporti effettivamente intrattenuti, offende l’immagine della pubblica amministrazione (v. *ex plurimis*, Cass., sez. 6, 4.3.2003 n. 16255, Piroso, rv 224872; idem, 17.3.2010 n. 13479, D’Alessio, rv 246734).

A questo punto si deve tener conto dell’entrata in vigore della legge n. 190/2012, che, senza toccare l’art. 346 c.p., ha aggiunto la nuova fattispecie di reato denominata “traffico di influenze illecite”, che fissa come presupposto della ricezione del denaro chiesto come prezzo della mediazione propria o come retribuzione per il pubblico ufficiale “lo sfruttamento delle relazioni esistenti” con quest’ultimo. Ai sensi dell’art. 346-*bis* c.p., autore del reato non è più chi millanta influenze non importa se vere o false, ma unicamente chi sfrutta influenze effettivamente esistenti (il che giustifica il diverso trattamento riservato a chi sborsa denaro ripromettendosi di trarre vantaggio: non punibile nel primo caso, che ha per protagonista un millantatore puro sedicente faccendiere, concorrente nel reato nel secondo caso, che vede all’opera un faccendiere vero realmente in contatto con il pubblico ufficiale).

Ne deriva che i fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge n. 190/2012, nei quali il soggetto attivo ha ottenuto la promessa o dazione del denaro vantando un’influenza sul pubblico ufficiale effettivamente esistente, che pacificamente ricadevano sotto la previsione dell’art. 346 c.p., devono ora essere ricondotti nella nuova fattispecie descritta dall’art. 346-*bis* c.p., che, comminando una pena inferiore, ha realizzato un caso di successione di leggi penali regolato dall’art. 2, comma quarto, c.p., con applicazione della norma più favorevole al reo; col risultato paradossale che una riforma presentata all’insegna del rafforzamento della repressione dei reati contro la pubblica amministrazione ha prodotto, almeno in questo caso, l’esito contrario.

Invero, mentre l'art. 346, comma primo, c.p. stabilisce la pena della reclusione da uno a cinque anni, l'art. 346-bis c.p. commina la reclusione da uno a tre anni, ossia una pena il cui massimo edittale, nel caso di affermazione della responsabilità penale, comporta l'irrogazione di una sanzione meno severa e, quanto agli effetti sulla disciplina cautelare, preclude l'applicazione di qualsivoglia misura coercitiva.

Si può dunque affermare il seguente principio di diritto: le condotte di colui che, vantando un'influenza effettiva verso il pubblico ufficiale, si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione o col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale, condotte finora qualificate come reato di millantato credito ai sensi dell'art. 346, commi primo e secondo, c.p., devono, dopo l'entrata in vigore della legge n. 190/2012, in forza del rapporto di continuità tra norma generale e norma speciale, rifluire sotto la previsione dell'art. 346-bis c.p., che punisce il fatto con pena più mite.

Ne consegue che il ricorrente, per effetto della riqualificazione del fatto come reato previsto dall'art. 346-bis, comma primo, c.p., deve essere liberato, non essendo consentita, a norma dell'art. 280, comma 1, c.p.p., la detenzione cautelare.

P.Q.M.

(*Omissis*)

***Nota a sentenza

sommario

1. Il traffico di influenze illecite nel disegno della legge anticorruzione. – 1.1. Il contesto internazionale. – 1.2. La fattispecie tipizzata dal codice penale italiano ed i suoi elementi strutturali. – 1.2.1. Le relazioni esistenti. – 1.2.2. La mediazione illecita. – 1.2.3. Condotte penalmente rilevanti: prezzo e remunerazione. – 1.2.4. Le circostanze del reato. – 1.3. Consumazione del reato e rapporto con la corruzione. – 2. Il “nuovo reato” di traffico di influenze illecite ed il millantato credito: profili di diritto intertemporale. – 2.1. Introduzione all'indagine interpretativa. – 2.2. Il millantato credito ante legge anticorruzione. – 2.2.1. Interpretazione restrittiva: la vendita di fumo. – 2.2.2. Interpretazione estensiva: sfruttamento di relazioni esistenti. – 2.3. Il “nuovo reato” di traffico di influenze illecite e ridimensionamento del millantato credito post riforma. – 2.4. Profili di diritto intertemporale circa l'art. 346: successione di leggi penali nel tempo. – 2.4.1. Nuova *incriminatio*. – 2.4.2. *Abrogatio sine abolitio*: Cass. n. 51688/2014. – 2.5. Peculiarità e criticità della recente giurisprudenza.

1. Il traffico di influenze illecite nel disegno della legge anticorruzione

1.1. Il contesto internazionale

Il traffico di influenze illecite, recentemente normativizzato dal legislatore nazionale all'art. 346-bis c.p., è un illecito penale volto a scongiurare la verifica di condotte prodromiche al fenomeno di corruzione, sicché si configura quale reato-ostacolo che stigmatizza la condotta di chiunque, sfruttando una relazione realmente esistente con un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, realizzi una mediazione illecita tra costui ed un privato cittadino, recependo perciò un compenso patrimoniale o quale contrappeso della propria intercessione, costituente l'appiglio tramite cui il pagante possa ottenere l'indebito vantaggio, oppure quale fonte di remunerazione dell'attività dell'esercente pubblica funzione.

Come autorevole dottrina ha sottolineato, il traffico di influenze illecite non sarebbe certamente presente in un codice penale «dei dieci comandamenti»¹, poiché anzitutto non è ravvisabile un contenuto offensivo particolarmente pregnante se posto al raffronto con le altre fattispecie penali rubricate sotto il medesimo titolo II «dei reati contro la pubblica amministrazione»; in secondo luogo, poiché se ne contesta la funzionalità, in quanto è accoglibile l'osservazione secondo cui la condotta tipizzata dal legislatore all'art. 346-bis poteva ritenersi già stigmatizzata dal combinato disposto degli art. 56 e 318 c.p., giacché, a ben vedere, il tentativo di corruzione rischia di sovrapporsi con il comportamento tenuto dal trafficante di influenze illecite, assorbendolo inevitabilmente².

A ben vedere, non sorprende che il nostro impianto codicistico ospiti un reato-ostacolo quale il traffico di influenze illecite, poiché occorre premettere che il codice Rocco non incarna certamente un prototipo di codificazione di un diritto penale minimale; infatti nel bilanciamento tra opposte esigenze, quali da un lato la tipizzazione criminale cui ricorrere soltanto in *extrema ratio* e dall'altro la funzione di prevenzione alla verifica di condotte antisociali – bisogno, quest'ultimo, ritenuto più che mai imprescindibile nell'odierna *societas* –, sembra che il legislatore finisca sempre col preferire una normazione completa e pervasiva, che eviti il rischio di un *vulnus* di tutela quale esito scontato della lacunosità normativa.

Pur ove si sia in disaccordo con tale argomentazione, non può comunque ignorarsi la triste cronaca

¹ BONINI, *Traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)*, in *Giur. it.*, 2012, fasc. 12, p. 2695.

² Osservazioni critiche sul punto vengono operate da DI MARTINO, *Traffico d'influenze. Una fattispecie (quasi) nuova, una riforma problematica (art. 1 co. 75 lett. r)*, in *Legislazione penale*, 2013, fasc. 3, p. 664; Per l'analisi del momento consumativo del reato ex 346-bis e dei discussi rapporti con la consumazione del tentativo di corruzione, si veda il par. successivo 1.3.

moderna attestante numerosi intrecci di relazioni affaristiche riprovevoli ledenti l'immagine di un'affidabile p.a., sicché il generalizzato clima di malcostume ha dato la stura al recepimento normativo di tale reato prospettato in alcune convenzioni internazionali.

Infatti nel 1999 a Strasburgo era stata adottata la Convenzione penale sulla corruzione, che tuttavia l'Italia si è impegnata a ratificare tardivamente con la l. 28 giugno 2012, n. 110. La Convenzione europea all'art. 12 tipizza il reato consistente nel "promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di pubblici ufficiali e del sollecitare, ricevere o accettare l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato".

Antesignano di tale articolo va rinvenuto nella Convenzione ONU firmata a Merida nel 2003 con risoluzione n. 58/4, poi ratificata in Italia con la l. 3 agosto n. 2009, n.116 che all'art 18 recita che "ogni stato deve considerare l'adozione di misure legislative al fine di tipizzare quali offese criminali, quando commesse intenzionalmente, a) la promessa, l'offerta o la concessione ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente od indirettamente, di un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona; b) al fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare od accettare, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato parte".

Il tratto accomunate le due previsioni di *trading influence* summenzionate è che entrambe diano rilievo giuridico tanto alla mediazione sorretta da influenza reale quanto all'intercessione fittizia sorretta da influenza esclusivamente millantata, dimostrando come il legislatore europeo ed internazionale non percepisca una differente offensività in tali due eterogenee fattispecie comportamentali, differentemente da quanto accadrà nel recepimento interno ove alle due incriminazioni, fuori dall'esser assimilate, verrà riservato addirittura un trattamento sanzionatorio differente.

In secondo luogo, come giusta dottrina³ ha sottolineato, le condotte incriminate son descritte in modo speculare ed interscambiabile, in quanto la normativa d'oltralpe sottolinea come l'*incipit* comportamentale

possa esser indifferentemente ravvisato tanto nel pubblico ufficiale, quanto nel compratore piuttosto che nel venditore d'influenza (reale o supposta), mentre la tipizzazione interna tenderà a descrivere un iter più rigido quanto alla scansione delle singole fasi comportamentali.

È inoltre assente ogni riferimento al prezzo o remunerazione, quale elemento invece presente nella previsione interna ed indicativo del dolo specifico insito negli agenti.

Infine è interessante notare come la normazione internazionale preveda indiscutibilmente una paritetica offensività tanto in capo al comportamento del mediatore quanto del compratore di fumo o di credito d'influenza reale, sicché, o che la fattispecie presuma un'irragionevole convincimento del pagante circa il pervenimento a buon fine della mediazione o che invece l'abilità del mercante sia stata spesa con intento fraudolento o, ancora, che la trattativa fosse stata seria ed affidabile, nulla cambia nell'attestare un comportamento riprovevole anche in chi decida di acquistare un favore non mercificabile, oltre che in chi ne accetti (o ne proponga) il pagamento.

1.2. La fattispecie tipizzata dal codice penale italiano e i suoi elementi strutturali

Nel nostro codice penale le istanze di normazione europea ed internazionale vengono a consolidarsi nell'architettura della l. anticorruzione, e, per quel che attiene precisamente il nostro tema, nella tipizzazione dell'art. 346-*bis*. Tale previsione normativa presenta complessi profili strutturali sui quali occorre indagare anche al fine di evidenziare alcune perplessità sorte in sede enucleativa, oltre che in sede applicativa.

1.2.1. Le relazioni esistenti

Nella strutturazione del testo di legge emerge chiaramente che il protagonista del reato comune *ex* 346-*bis* è certamente il mediatore, ossia *chiunque* ponga sulla scena un mercimonio di pubbliche funzioni, minando al prestigio della cosa pubblica, allorquando fomenti il mancato esercizio o il ritardo degli atti dovuti dal pubblico dipendente od incaricato di pubblico servizio dopo aver ricevuto un compenso – per sé o per l'esercente pubbliche funzioni – grazie allo sfruttamento di «relazioni esistenti».

Dunque la prima novità da cogliere consta nell'aver affiancato al reato di millantato credito, concernente la mercificazione di mediazioni prospettate in assenza di un effettivo aggancio col pubblico ufficiale e/o incaricato di pubblico servizio, una fattispecie che consideri pregnante l'attuazione profittevole di relazioni effettive.

La dottrina ha chiarito come per "relazioni esistenti" debba intendersi un legame stabile e duraturo⁴ cer-

³ ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1410.

⁴ BARTOLINI, *Traffico di influenze illecite (art 346-bis c.p.)*, in *Riv.*

tamente rappresentato da rapporti di parentela, amicizia, colleganza, associazionismo, militanza politica ed ogni altra circostanza idonea a ricreare una solidarietà ed un rapporto ravvicinato tra due soggetti, riposando al di fuori da tale ambito di rilevanza giuridica ogni rapportualità meramente occasionale o determinata dal caso fortuito⁵.

Certamente la relazione esistente può costituire precondizione per la coartazione della libera *voluntas* del pubblico ufficiale che, condizionato dal rapporto affettivo-amicale con il mediatore, incorre perciò nel concreto pericolo di incapacità di discernimento del corretto agire che pregiudica l'imparzialità del ruolo in cui è incardinato, tanto più se l'amicizia venga remunerata e capitalizzata.

Giustamente oculata dottrina⁶ ha notato come il testo normativo non esclude che le relazioni esistenti eventualmente coinvolgano direttamente il privato richiedente la mediazione ed il pubblico ufficiale, sicché in tali ipotesi l'intercessione avrebbe funzione meramente ricognitiva, ma comunque penalmente rilevante, di un legame vischioso già previamente instaurato.

La locuzione "sfruttamento" e non semplicemente "utilizzo" delle relazioni esistenti palesa l'immagine del recepimento del riprovevole vantaggio economico auspicato, inoltre è certamente esplicativa del fatto che il legislatore intenda stigmatizzare un uso non proficuo delle suddette relazioni, che dunque diventino causa di un comportamento differenziato del p.u. rispetto a quello richiesto dall'osservanza delle norme regolanti l'esercizio della propria funzione.

Dunque la relazione deve esser attuale, e non già meramente ipotizzata né vantata, ricadendo sul p.m. l'obbligo di provare l'effettività della relazione, ma soprattutto la funzione di sfruttamento per il perseguimento di un obiettivo illecito. Pertanto l'aggravio probatorio, se da un lato reca seco il rischio di erosione dell'applicabilità effettiva della sanzione *ex 346-bis* c.p., dall'altro accontenta la dottrina più garantista che apprezza la maggior tangibilità del portato normativo richiedente relazioni effettive rispetto al millantamento del credito stigmatizzato dalla previsione *ex 346* c.p.

pen., 2013, fasc. 3, pp. 253-257; MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella e Pelissero, Torino, 2013.

⁵ Il legislatore ha evitato un'elencazione sterile di ipotesi tipizzate pure perché un'esasperata esigenza di tipizzazione normativa avrebbe dato la stura ad un vuoto normativo inevitabilmente generantesi in un'epoca storica in cui le relazioni tra le parti possono ingenerarsi grazie a plurimi mezzi di comunicazione.

⁶ BARTOLINI, *Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Riv. pen.*, 2013, fasc. 3, pp. 253-257.

1.2.2. Mediazione illecita

Mentre qualche dubbio sorto⁷ con riferimento alla scarsa tassatività paventata per il concetto di "relazione esistente" sia stato egregiamente superato dalla tesi maggioritaria che ne abbia vantato la natura elastica a presidio di un veloce adattamento ai mutamenti relazionali-sociali, maggiori dubbi son sorti con riferimento alla nozione di «mediazione illecita».

La nozione di mediazione, anzitutto, non è scevra da dubbi quanto alla sua decodificazione: potrebbe semplicisticamente sostenersi che la nozione penalistica rievoca certamente la definizione civilistica *ex art. 1761* c.c., ma ciò implicherebbe un malinteso senso delle simmetrie giuridiche, poiché l'art. 346-*bis*, lontano dal riferirsi ad una *intercessio* funzionale alla conclusione di un contratto, si riferisce ad un complesso eterogeneo di attività accomunate dal desiderio di innestare un'influenza determinante sull'attività del p.u., e dunque realizzare ciò che nel gergo atecnico viene definito raccomandazione.

A questo proposito, il dibattito parlamentare si è concentrato proprio sul *discrimen* tra raccomandazione lecita ed illecita. Detto altrimenti, una parte della dottrina⁸ ha sostenuto che la previsione normativa rischiasse di travolgere nel proprio *dictum* anche tutte le attività lobbistiche che consuetudinariamente svolgono un'attività di mediazione tra le parti sociali e la p.a., ossia le imprese di consulenza, di relazioni pubbliche e associazioni di categoria che indubbiamente esercitano delle forti influenze sull'attività della pubblica amministrazione; e allora, si è sostenuto che l'illiceità aggettivizzata non valesse perciò solo ad identificare una precisa distinzione tra le mediazioni ammesse e quelle stigmatizzate, tanto più se si tiene conto che le mediazioni innocue non sono neppure regolamentate da leggi di settore⁹.

Un'ulteriore voce dottrinarica ha poi precisato come la decodificazione della mediazione illecita assuma valenza diversa a seconda che si analizzi la subspecie di condotta plurima alternativa cui l'art. 346-*bis* faccia riferimento, sicché, mentre il recepimento del vantaggio patrimoniale in capo al mediatore ai fini di remunerazione del p.u. – funzionale al compimento di atti

⁷ DI MARTINO, *Traffico d'influenze. Una fattispecie (quasi) nuova, una riforma problematica (art. 1 co. 75 lett. v)*, in *Legislazione penale*, 2013, fasc. 3, pp. 666: Di Martino ritiene che la nozione debba esser integrata da una normativa extrapenale che ne precisi esattamente l'essenza ed i limiti d'impiego.

⁸ CASTALDO, *Anticorruzione: non è tutto oro quello che luccica*, in *Il sole 24 Ore*, 11/7/2012, p. 16; dello stesso parere è RONCO, *Note per l'audizione davanti alle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica*, 16/9/2012 in *www.senato.it*

⁹ PULITANÒ, *La legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012 n. 190)*, Supplemento al volume LII - novembre 2012, n. 11 di *Cassazione penale*, p. 14: Pulitanò auspica ad una ulteriore tipizzazione della fattispecie normativa che meglio perimetri la nozione di mediazione illecita.

contrari a doveri d'ufficio – non dà luogo a problemi di sorta, poiché sussiste una mediazione certamente illecita in quanto illecita è la causa concreta dell'affare, diversamente il vero problema sorge allorquando la condotta concerna la ricezione del danaro quale prezzo della propria mediazione, poiché è qui che emergono i dubbi sopra menzionati.

In realtà la tesi maggioritaria ritiene che tali dubbi quanto alla asserita violazione del principio di tassatività *ex* 25 Cost. rinvenibili in una presunzione di vaghezza della «mediazione illecita» siano certamente superabili, poiché l'illiceità si prospetta chiaramente allorquando l'intercessione sia funzionale al raggiungimento di una concreta causa illecita, oppure abbia ad oggetto un fatto illecito, come accade quando si palesi l'ascendente personale che un soggetto, un intermediario lobbista, o lo stesso mediatore (magari proprio in virtù della carica rivestita) sia in grado di esercitare sul pubblico ufficiale.

Certamente la dizione normativa esclude, invece, le frequenti sollecitazioni nella prassi rivolte al p.u. ai fini del compimento di un atto del proprio ufficio, in quanto la previsione normativa¹⁰ fa riferimento soltanto a condotte prodromiche alla degenerazione in una corruzione propria, sicché una *intercessio* finalizzata ad corruzione impropria non può valere a costituire il presupposto fattuale di un *trading influence ex 346-bis* c.p.

1.2.3. Condotte penalmente rilevanti: prezzo e remunerazione

Lo sfruttamento delle relazioni esistenti è presupposto inevitabile affinché l'istante la mediazione, interessato all'ottenimento di un vantaggio per sé, acquisti l'influenza illecita eseguendo una prestazione patrimoniale indebita, ossia realizzando una condotta che assume rilievo penale al pari della rilevanza rivestita dal comportamento del venditore d'influenza; indubbiamente è registrabile una discrasia rispetto alla previsione *ex 346* c.p. che punisce soltanto il millantatore e lascia impunito l'aspirante acquirente, ma la nuova previsione, ampliando il novero dei soggetti attivi in questo così come altri reati contro la p.a.¹¹, persegue

¹⁰ il legislatore all'art. 346-bis recita "Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni".

¹¹ Si confronti la nuova incriminazione del reato di induzione indebita a dare e promettere utilità che, spaccettando il vecchio reato di concussione, prima ricomprensente sia il costringimento che l'induzione indebita, ha previsto la punibilità pure per il soggetto indotto, al fine di dissuadere anche i privati dal comportamento di condotte della cui riprovevolezza abbiano piena

l'ammirevole tentativo dissuasivo circa il compimento di reati che si avversino contro la macchina statale minandone il corretto funzionamento valorizzato dall'art. 97 cost.

È decisamente particolare la scelta parlamentare di dare rilievo esclusivo, ai fini dell'identificazione del mercimonio dei compiti spettanti al p.u. o incaricato di pubblico servizio, alle sole prestazioni patrimoniali consistenti nel pagamento di danaro od altro "vantaggio patrimoniale", elidendo evidentemente la rilevanza penale di quel complesso di ipotesi che non di rado pure costituiscono indebite dazioni di utilità mercificate, come rinvenibile nell'esecuzione di prestazioni sessuali in cambio di favori illeciti; la terminologia restrittiva risulta ancor più irragionevole se confrontata con la onnicomprensiva nozione di "utilità" ravvisabile nel reato *ex 346-bis* che costituisce l'ologramma negativo del 346 c.p.

Certamente più condivisibile la scelta di rinvenire il momento consumativo non solo nella consegna ma anche nella semplice promessa di pagamento, poiché indubbiamente l'offensività comportamentale è rinvenibile già nell'accordo, pur quando non degeneri in una effettiva dazione.

Gli studiosi si sono interrogati nel comprendere se il richiamo all' "indebita" dazione o promessa rievocata dal dettato normativo sia meramente pleonastico rispetto all' "illecita" mediazione, oppure se l'aggettivo sia dotato di un autonomo rilievo. In realtà, lungi dal costituire una vacua ripetizione, deve ritenersi¹² anzitutto che esso funga da monito per il giudicante che debba verificare attentamente che il recepimento di utilità patrimoniale sia connotato da profili di antigiusdittà e non rientri piuttosto nelle cd. liberalità d'uso post esecuzione di un atto coerente coi propri doveri d'ufficio, ed in secondo luogo che esso abbia funzione di evidenziazione del dolo quale unica forma di colpevolezza rivestibile dal reato *ex 346-bis*.

Si badi ben che l'accettazione da parte del mediatore della promessa o dazione di utilità patrimoniali può esser funzionale a perseguire due obiettivi diversi, ed infatti il legislatore costruisce il reato prevedendo una condotta plurima alternativa, sicché, ai fini della consumazione, rileva indistintamente l'uno o l'altro modo di manifestare l'antisocialità della condotta.

Nella prima ipotesi il mercimonio è direttamente funzionale a porsi quale prezzo pagato per la mediazione illecita realizzata, rendendo l'idea di una mediazione molto vicina alla nozione civilistica che tipizza la figura di un terzo soggetto, prestatore autonomo, che metta in conoscenza ed a confronto i futuri contraenti.

La seconda ipotesi, invece, considera il danaro quale fonte di remunerazione per l'atto contrario ai doveri d'ufficio, ritardato od omesso da parte del pubblico

coscienza.

¹² Così BONINI, *Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Giur. it.*, 2012, fasc. 12, pp. 2694-2698.

ufficiale o incaricato di pubblico servizio, esigente per tale attività illecita prestata un vantaggio economico quale contrappeso che però, si badi bene, non deve esser necessariamente proporzionato al valore del favore reso, ma può ben consistere in una prestazione di modico valore purché causalmente collegata allo scopo della mediazione; infatti attenta dottrina¹³ ha precisato che la scelta di ricorrere al lemma “remunerazione” piuttosto che non “retribuzione” sia funzionale a non fossilizzarsi, in sede di accertamento del reato, su una faziosa ricerca di proporzionalità, poiché non è da questa che si rinviene l’offensività del fatto tipico¹⁴.

Inoltre il legislatore precisa che, indipendentemente dal perseguimento di un obiettivo remuneratorio per il p.u. o semplicemente adempitivo verso il trafficante d’influenza, la promessa od il pagamento possono esser indirizzati anche a persona diversa dal mediatore, come accade allorquando le dazioni siano direttamente inoltrate a prestanome o semplici faccendieri agenti per conto del mediatore.

1.2.4. Le circostanze del reato

La fattispecie base può esser arricchita tra tre circostanze specifiche individuate per il reato *ex* 346-*bis* c.p.

La prima, individuata al comma 3, individua un’aggravante speciale ad effetto comune allorquando la mediazione venga esercitata da un soggetto rivestente la qualifica di pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio, poiché chiaramente sussiste una maggior riprovevolezza quando la negoziazione di illeciti favori, minanti il corretto funzionamento della p.a., sia messa in piedi proprio da chi sia incardinato presso la pubblica amministrazione e ne abbia rappresentanza organica; in questo caso è paradossale che la cura del buon andamento della macchina statale ai *ex* art. 97 Cost. sia sabotata proprio da chi sia preposto a garantire l’attuazione del summenzionato principio.

La dottrina¹⁵ precisa come, ai fini dell’attivazione dell’aggravante, sia necessaria l’attualità della qualifica rivestita da pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio, poiché, ove l’influenza esercitata sia vantata in base ad una qualifica oramai vetusta, l’intermediario risponderà della pena prevista per il reato base.

La seconda aggravante ad effetto comune, prevista al quarto comma, incentra, invece la propria *ratio* sulla stigmatizzazione di una corruttela, o meglio di una condotta prodromica alla corruttela, che investe l’attività giurisdizionale quale simbolo del garantismo costituzionale; lo scopo è dunque assicurare che venga

esplicitata la “super-moralità” e la “super-correttezza”¹⁶ nelle procedure giurisdizionali.

La terza circostanza, individuata dal quinto comma, concerne invece la diminuzione del fatto di particolare tenuità, ossia una locuzione già conosciuta alla normazione penale, soprattutto di parte speciale, che si distingue per essere una formula volutamente vaga e, per questo, idonea a ricomprendere eterogenee ipotesi accomunate dalla scarsa offensività dei comportamenti.

1.3. Consumazione del reato e rapporti con la corruzione

Il reato di traffico di influenze illecite, come già detto, intende colpire condotte anticipatorie alla corruttela, sicché, essendo generalmente la corruzione un fenomeno che si snoda in plurime sequenze temporali, è certamente condivisibile l’intento di creare uno strumento repressivo che agisca anzitempo, tentando dunque di conservare il prestigio della p.a. e la regolarità delle funzioni costituzionalmente garantite *ex* 97 Cost.

Trattasi pertanto di un reato di pericolo, precisamente di un reato-ostacolo, che indubbiamente realizza un’anticipazione di tutela penale conforme al principio di precauzione, ritenuta tuttavia da alcune voci eccessiva¹⁷ e foriera di dubbi quanto alla legittimità costituzionale¹⁸, mentre da altre designata quale necessaria. Probabilmente l’unico modo per superare i dubbi circa la ritenuta incompatibilità di tale reato di pericolo col principio di offensività *ex* 49 Cost. consiste nel considerarlo quale reato di pericolo concreto, lasciando al giudice il compito di accertarne l’effettiva pericolosità.

Stante la sua natura, deve ritenersi che non vi sia spazio per il tentativo di traffico di influenze illecite, intanto perché ciò implicherebbe la punibilità del pericolo del pericolo che, evidentemente, non può ritenersi offensivo, ed in secondo luogo in quanto sia evidente la difficoltà di selezionare comportamenti preparatori all’instaurazione di un contatto tra privato ed intermediario, che a propria volta già costituisce una condotta prodromica del reato di corruttela.

Poiché il legislatore ha inteso sanzionare penalmente il malaffare ancor prima che esso prenda corpo in un atto della p.a., mirando a schermare il pubblico ufficiale *intra-neus* ancor prima che questi subisca delle pressioni da persone “influenti”, indubbiamente l’art. 346-*bis* è posto a presidio della correttezza, imparzia-

¹³ BARTOLINI, *Traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Riv. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 256.

¹⁴ Si noti che con la riformulazione dell’art. 318 c.p. è sparito ogni riferimento, prima presente, al concetto di retribuzione, a riprova della volontà di stigmatizzare anche dazioni di valore non proporzionato al favore richiesto.

¹⁵ Così DI MARTINO, *Traffico d’influenze. Una fattispecie (quasi) nuova, una riforma problematica (art. 1 co. 75 lett. v)*, in *Legislazione penale*, 2013, fasc. 3, p. 664.

¹⁶ Così, in tema di reato di corruzione in atti giudiziari, FIAN-DACA - MUSCO, in *Diritto Penale, Parte speciale*, V ed., Bologna, 2012, p. 236.

¹⁷ CASTALDO, *Anticorruzione: non è tutto oro quello che luccica*, in *Il sole 24 Ore*, 1/7/2012. 16; dello stesso parere è RONCO, *Note per l’audizione davanti alle Commissioni riunite Affari*.

¹⁸ si interroga sulla compatibilità col principio di offensività GAROFOLI, *Compendio di diritto penale, parte speciale*, II. ed., Roma, 2014-2015, p. 117.

lità, ed effettività del funzionamento della macchina pubblica e non semplicemente a tutela del prestigio della p.a.; deve pure ritenersi che altro bene giuridico rientrante nell'alveo di tutela penalistica sia costituito dalla tendenziale gratuità della p.a., minata dal mercimonio delle funzioni che il *trading influence* mira a realizzare; ed infatti l'agente agisce con dolo generico¹⁹, compatibile pure con la forma del dolo eventuale.

Il reato può intendersi perfezionato non solo al momento dell'avvenuta dazione del danaro o altra utilità patrimoniale, ma la tipizzazione è stigmatizzabile già dinanzi alla sola promessa di futura dazione patrimoniale, quale prodromica rispetto al mercimonio effettivo, poiché è nella *promissio* suggellata tra richiedente ed venditore d'influenza reale che si rinviene l'offensività del fatto.

Pertanto è certamente possibile ritenere che il 346-bis si configuri quale appartenente al *genus* dei reati ad esecuzione frazionata, nel senso che la promessa è già sola una esteriorizzazione del perfezionamento dell'illecito, mentre la dazione costituisce un approfondimento della lesione del bene giuridico tutelato idoneo a spostare in avanti il momento consumativo²⁰, con ovvie conseguenze in tema di prescrizione, di configurazione del concorso di persone e della flagranza di reato²¹.

È interessante notare come la previsione normativa si apra con una clausola di esclusione, funzionale a consentire l'attivazione del ragionamento sussuntivo sotto la previsione del 346-bis soltanto quando la condotta non sia già stigmatizzabile quale concorso nei reati *ex* 319 e 319-ter. La clausola di sussidiarietà espressa, dunque, argina ab origine qualsiasi dubbio circa l'ammissibilità di un concorso di reati tra 319, 319-ter e 346 e risolve, infatti, il problema sul piano del concorso apparente di norme con una sottolineatura ben precisa che, lungi dal costituirsi quale semplicistica clausola di riserva del tipo "salvo che il fatto costituisca più grave reato", è ben ferma nell'evidenziare l'esclusione del concorso di reati solo con riguardo a quelli menzionati.

E allora è proprio per questa ragione che la dottrina ha innestato un interessante dibattito quanto alla mancata inclusione nel *dictum* del reato *ex* 318 (corruzione per l'esercizio della funzione) che pure concerne una delle ipotesi corruttive.

Pregevole dottrina²² precisa come il disegno di legge inizialmente comprendesse anche il reato *ex* 318

tra quelli inclusi nella clausola di sussidiarietà e, coerentemente, non vi fosse alcuna menzione nel testo agli "atti contrari ai doveri d'ufficio", sicché il traffico di influenze illecite si apprestasse ad esser prodromo tanto del reato di corruzione propria che del reato di corruzione impropria; un emendamento²³ presentato nel corso dell'iter valutativo, ed approvato alle battute finali, ha proposto la modifica, oggi divenuta legge, al fine di render penalmente rilevanti le influenze illecite esercitate per la sola corruzione propria.

La *ratio* è facilmente comprensibile²⁴ ove non si dimentichino i timori paventati da alcuni parlamentari circa il rischio che la norma penale venisse strumentalizzata pure per punire le mediazioni lecite, ossia le attività lobbistiche, sicché limitare la condotta ai soli atti contrari ai doveri d'ufficio ed eliminare parallelamente il 318 dalla clausola di riserva è sembrata esser una soluzione di compromesso; ma il prezzo da pagare per tale modifica è stato alto, in quanto l'intento di perseguire le condotte preparatorie alla corruttela – auspicato con la l. n. 190 del 2012 – è stato falciato dalla biforcazione venutasi a creare: da un lato l'art. 346 c.p. persegue chi millanti un credito funzionale ad una qualsiasi subspecie di corruzione, dall'altro l'art. 346-bis, invece, non appresta rilievo giuridico al *trading influence* funzionalizzato alla corruzione per l'ottenimento di un atto conforme ai doveri d'ufficio (cd. corruzione impropria).

Ad ogni modo, alcune voci hanno osservato come l'esclusione dell'art. 318 giustifichi ricostruzioni antitetiche, tuttavia, nonostante il problema sia aperto²⁵, è comunque ragionevole ritenere inammissibile il concorso tra i reati *ex* 318 e 346-bis in virtù di un generale principio di assorbimento che vedrebbe il traffico di influenza illecita inglobato nella corruzione, e dunque fungere da antefatto non punibile²⁶.

²³ Presentato dal Governo in Commissione il 4 ottobre 2012.

²⁴ BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim.*, 2013, p. 6 che ritiene che l'eliminazione del riferimento all'art. 318 sia "una scelta sostanzialmente corretta... essendo i profili di offesa della corruzione impropria decisamente vaghi", anche se resta il dubbio che "la soluzione non assolva appieno agli obblighi internazionali sottoscritti, non risultando formalizzata alcuna distinzione tra corruzione propria ed impropria; sul punto anche MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Jovene, Napoli, 2012, p. 190; sottolinea l'irrelevanza di pre accordi funzionali all'asservimento del p.u., nonché le irragionevoli conseguenze sui rapporti del 346-bis col. 346 c.p., VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale, Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 5; PRETE, *Prime riflessioni sul reato*, op. cit., p. 7.

²⁵ BONINI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁶ La scelta d'escludere il 318 era obbligata, ma la ragione non va ricercata in una sorta di apertura circa la possibilità di un concorso tra i due reati quanto, nell'impossibilità di ritenere configurabile in astratto un traffico d'influenze illecite finalizzato all'esercizio della funzione in conformità ai doveri d'ufficio, a parer di FUX, *La natura propedeutica del reato di cui all'art. 346-bis c.p. rispetto a quello di corruzione*, in *Cassazione penale*, 2013, fasc.

¹⁹ il dolo generico corrisponde, facendo un'indagine comparatistica, al general *mental intent* nel diritto penale di common law e dell'ordinamento statunitense: in *Criminal Law, a mental plan to do that which is forbidden by the law*. (In diritto penale, un piano mentale per fare ciò che è vietato dalla legge).

²⁰ Così Cass. pen., sez VI, 7 febbraio 2003, n. 23248; Cass. pen., sez VI, 28 gennaio 1999, n. 1167.

²¹ Vedi contra MAIELLO, *op. cit.*, p. 431.

²² ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1406.

Vi è pure un diverso profilo problematico nell'analisi dei rapporti tra la corruzione ed il traffico di influenze illecite.

A ben vedere, non è peregrino affermare che il 346-*bis* sia stretto tra il millantato credito ed i reati di corruzione, ed infatti, soprattutto per quanto attiene ai rapporti col secondo reato, non è sempre agevole sul piano pratico comprendere quando cessi la condotta prodromica alla corruzione e quando invece sorga la contrattazione vera e propria, quantomeno nella forma tentata. Si ricordi, infatti, che la dottrina ha più volte precisato come la corruzione possa esser portata a compimento grazie pure all'intercessione di terzi privati i quali, consapevoli del contributo agevolatore apportato al proposito criminoso, perciò rispondano ai sensi dell'art. 110 c.p.

La *querelle* va appianata secondo criteri ben precisi poiché, lungi dal risolversi in un esercizio di stile, ha una ricaduta applicativa di notevole importanza, soprattutto per quanto attiene al profilo sanzionatorio che è certamente più gravoso nel caso di concorso di persone in corruzione rispetto all'ipotesi di traffico di influenze illecite.

I dubbi si stringono con riguardo alla seconda delle due condotte plurime alternative dogmatizzate ex 346-*bis*, e dunque il mercimonio funzionale alla remunerazione del p.u., nel suo rapporto con la contrattazione effettiva tra intermediario e p.u.

Secondo una prima dottrina²⁷ il 346-*bis* può applicarsi solo allorquando la vendita di influenza funga da *assist* ad una corruzione per la genesi di attività future del p.u. (remunerazione antecedente per corruzione antecedente), poiché, ove l'influenza venga prestata per remunerare indebitamente un p.u. che abbia già provveduto ad emanare un atto contrario al proprio ufficio (o a provvedere in ritardo, o a non provvedere per niente), allora deve ritenersi che il mediatore risponda di concorso in corruzione ex 110 e 319 c.p.

Secondo altra dottrina²⁸, invece, la formulazione della norma non esclude la sua validità in caso di remunerazione prestata anche successivamente all'influenza già esercitata, dandosi luogo ad una mediazione funzionalizzata a corruzione susseguente; si pensi ai casi non infrequenti in cui un p.u. abbia di propria iniziativa dato luogo ad una condotta contraria ai propri doveri d'ufficio con esiti favorevoli per il privato ma senza aver stipulato alcuna *promissio* o *datio* di danaro

– con la quale sarebbe stata tipizzata una corruzione propria antecedente consumata trilaterale – sicché poi quest'ultimo abbia successivamente contattato l'intermediario per offrire un pagamento funzionale a remunerare il p.u.²⁹.

In sostanza, ciò deve far riflettere sul fatto che il legislatore non abbia voluto dare autonomo rilievo penale in modo ridondante al concorso in corruzione del mediatore, quanto piuttosto stigmatizzare tutte le condotte preparatorie all'accordo corruttivo pur quando esso non si perfezioni.

Ancor più problematica è la conclusione cui perviene altra pregevole corrente di pensiero³⁰, secondo cui la tesi che ritiene ammissibile la sola influenza funzionale ad una corruzione antecedente – concretizzantesi in una mediazione poi seguita dall'accettazione, da parte del p.u., della dazione pecuniaria – non risolve comunque il problema in termini di individuazione di un preciso *discrimen* con la corruzione, che finisce comunque per assorbire il *trading influence* precedente; e allora, si propone, probabilmente l'unica certezza dinanzi alla quale l'interprete si trova è quella di poter applicare il 346-*bis*, e giammai il 319, solo allorquando il p.u. non accetti il pagamento resogli dal mediatore.

Detto altrimenti, poiché non c'è un esatto confine tra la realizzazione del mercimonio di pubbliche funzioni e la preparazione di condotte finalizzate alla corruzione, almeno nella forma del tentativo ex 56 e 319 c.p., si è certamente in grado di escludere l'assorbimento del 346-*bis* nella più offensiva condotta ex 319 c.p. solamente allorquando la trattativa tra privato ed intermediario non abbia ancora coinvolto il pubblico agente, oppure costui si sia volontariamente sottratto ad ogni coinvolgimento in comportamenti antisociali³¹.

Anche la giurisprudenza recente³² si è imbattuta nel tema, ed ha ravvisato la linea di demarcazione tra il *trading influence* e la corruzione propria in quei comportamenti sintomatici di un già innestato "rapporto, paritario o alterato, tra privato e p.u.", che da solo vale ad integrare la corruttela, disinteressandosi in sostanza alla *querelle* tra i sostenitori della sola remunerazione antecedente alla corruzione ed i sostenitori della remunerazione pure successiva.

2. Il "nuovo reato" di traffico di influenze illecite ed il millantato credito: profili di diritto intertemporale

2.1. Introduzione all'indagine interpretativa

Può indubbiamente affermarsi che il reato di millantato credito abbia vissuto due diverse stagioni quanto all'individuazione del proprio preciso nucleo di of-

7-8, p.2646; così pure PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2012, p. 7, per il quale non commette il reato in esame il commercialista che si faccia pagare solo per andare a parlare con il funzionario dell'agenzia delle entrate affinché liquidi in tempi ragionevoli un credito d'imposta al proprio cliente.

²⁷ MAIELLO, *op. loc. ultt. citt.*

²⁸ PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in *Diritto penale e processo*, 2013, fasc. 8S, pp. 33-38; così pure DOLCINI - VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 2012, fasc. 1, p. 239.

²⁹ Così pure GAROFOLI, *op. cit.*, p. 118.

³⁰ DI MARTINO, *op. loc. ultt. citt.*

³¹ DI MARTINO, *op. cit.*, p. 668.

³² Cass. pen., sez. II, 30 aprile 2014, n. 18074; Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11808.

fensività, contendendosi il podio una tesi restrittiva, decisamente più rispettosa del dato normativo, ed una recente tesi estensiva, frutto della pregevole mediazione accertativa del giudicante che, recependo un *vulnus* di tutela da parte dell'impianto normativo tipizzato, ha cercato di colmarlo generando un orientamento che probabilmente si è spinto ben oltre un'interpretazione estensiva del 346-bis, valicandone dunque i confini e dando vita ad una violazione del principio di tassatività, in virtù dell'elusione del divieto di analogia in *malam partem ex 25 Cost.*

Certamente risulta dunque necessario non solo osservare i mutamenti interpretativi succedutisi nel tempo, ma anche riscoprire il significato attuale del reato ex 346 c.p. alla luce della l. anticorruzione che, introducendo con l'art. 346-bis ciò che è stato definito un "negativo fotografico" ed "immagine sindonica"³³ del 346 c.p., ha innestato un comprensibilissimo dibattito quanto al *discrimen* tra le due fattispecie e, soprattutto, quanto ai profili di diritto intertemporale per le condotte di reato svoltesi medio tempore.

2.2. Il millantato credito ante legge anticorruzione

— Interpretazione restrittiva: la vendita di fumo

Secondo l'opinione dottrina e giurisprudenziale prevalente, il reato di millantato credito costituisce uno stabile presidio a tutela del prestigio della p.a., che rischia di esser minato dall'apparente corruttibilità della macchina pubblica. Tale corruttibilità, e conseguente sfiducia nell'apparato statale, vien prospettata da chi faccia leva sulla vanteria dello sfruttamento di relazioni inesistenti con un p.u. o impiegato incaricato di pubblico servizio, al fine di indurre il privato interlocutore a ritenere che tale influenza possa realmente sfociare in un'attività di corruzione traducesi in un vantaggio per sé, purché tale *favor* sia controprestato da una dazione economica o altra utilità quale prezzo della mediazione o quale remunerazione finale diretta al p.u.

In sostanza, il millantatore è colui che vanta una conoscenza con un soggetto incardinato presso la p.a. e perciò solo si affermi quale credibile mediatore tra privato ed apparato pubblico, esigendo un pagamento (o altra utilità) o in funzione di contrappeso per la propria *intercessio*, oppure quale cifra da doversi corrispondere direttamente al p.u. prospettando così la propria attività quale mediazione gratuita.

Il nucleo fondante di tale fattispecie penale consta nel dato che la vanteria abbia riguardo, a ben vedere, a relazioni inesistenti, o esistenti ma esagerate, o ancora a relazioni esistenti ma che non si abbia l'intento di spendere realmente, sicché il tratto accomunante le tre ipotesi concerne nella indubbia *voluntas* di trattenere per sé il prezzo o la remunerazione fittiziamente richiesta al privato millantato.

³³ DI MARTINO, *op. cit.*, p. 661.

La peculiarità della millanteria è che essa debba far sorgere la ragionevole convinzione che lo sfruttamento dell' "amicizia" con il p.u. possa realmente costituire precondizione per l'ottenimento di un favore³⁴, essendo ben possibile che il millantatore non usi neppure il nominativo di un precipuo soggetto incardinato nella p.a.³⁵, né faccia riferimento a precedenti corrottele nelle quali costui sia stato implicato, ma risultando bastevole la prospettazione di un conveniente affare funzionalizzato al mercimonio dell'attività della p.a.

La costruzione normativa del reato ex 346 c.p. non obbliga ad una specifica scansione fattuale per cui l'iniziativa della necessariamente partire dal millantatore, ben potendo esser costui destinatario di una precipua richiesta di "aiuto" da parte del privato millantato che però si configura quale soggetto passivo del reato, e dunque non può esser destinatario di alcuna sanzione penale poiché, si argomenta³⁶, oggetto specifico della tutela penale è il solo prestigio della p.a. che vien leso a causa del mercanteggiamento della pretesa influenza³⁷.

Infatti, stante l'insussistenza del credito millantato o comunque la mancata volontà di spendere una relazione realmente esistente, l'intento del legislatore non è certo punire una condotta prodromica alla corruzione, posto che tal rischio non è neppure prospettabile e, coerentemente, non vi è ragione di punire pure il privato millantato che *ab origine* non ha alcuna possibilità concreta di entrare in contatto col dipendente della p.a.

Infatti la giurisprudenza sembra al riguardo unitariamente attestata su un rapporto di alternatività tra millantato credito e corruzione che esclude la configurabilità del concorso materiale delle due diverse fattispecie: o il mediatore riceve danaro col pretesto di dover corrompere il p.u. ma trattiene per sé la somma, e dunque non intende certamente intercedere in favore del millantato, oppure consegna effettivamente una retribuzione al p.u., ma in quest'ipotesi è già consumata un'ipotesi di corruzione³⁸.

³⁴ Così Cass., 4 giugno 1996, n. 5526, «occorre che le circostanze riferite dal millantatore siano tali da far sorgere nel soggetto passivo la ragionevole convinzione di poter utilizzare un'influenza diretta o indiretta sul pubblico ufficiale».

³⁵ Così Cass., 22 luglio 1999, n. 9425, il soggetto attivo può ostentare un'influenza anche mediamente sul pubblico ufficiale, senza che occorra l'indicazione nominativa del funzionario o dell'impiegato che debbono esser remunerati o comprati; così pure Cass., sez. un., 2 aprile 2010, n. 12822.

³⁶ così Cass., 22 marzo 2005, n. 11441.

³⁷ In ciò residua, come si vedrà nei par. successivi, un evidente *discrimen* con il reato di traffico di influenze illecite.

³⁸ In tal senso anche la recente sentenza Cass. pen., sez. VI, 19 luglio 2012, n. 33328 per la quale «tra il reato di corruzione e quello di millantato credito intercorre un rapporto alternativo che esclude la configurabilità del concorso materiale delle due diverse fattispecie: l'agente che riceve il denaro o la promessa di denaro col falso pretesto di dover corrompere il pubblico ufficiale commette il reato di millantato credito e non quello di corruzione, che implica invece che la somma di denaro o la sua promessa

Il “venditore di fumo”³⁹ può realizzare una lesione al prestigio ed onore della p.a. realizzando due diverse condotte comportamentali, rispettivamente delineate al comma 1 e al comma 2 dell’art. 346 c.p., che la dottrina prevalente non ritiene connesse da un rapporto di *species a genus*, bensì ritiene configurabili quali due fattispecie autonome di reato, differenziate dalla diversa prestazione offerta dall’agente⁴⁰.

Nel primo comma il legislatore dà rilievo penale alla condotta di chiunque, vantando un credito inesistente con un p.u. o impiegato prestante pubblico servizio o esagerando un credito esistente che non si intende spendere, si faccia dare o promettere una qualunque utilità economica quale “prezzo” per la propria intercessione.

Vien dunque richiesto un onorario per la propria mediazione onerosa che, a ben vedere fintamente, si disegna quale necessario per entrare in contatto con un operatore pubblico incardinato presso la p.a.; le metodologie con cui è possibile indurre in convincimento la controparte sono plurime, e non è detto che si tratti di un atteggiamento necessariamente fraudolento, poiché, si argomenta⁴¹, quando il legislatore abbia voluto darvi rilievo l’ha richiesto espressamente come nel secondo comma inserendo la locuzione “pretesto”⁴².

La millanteria ha rilievo penale quando sia idonea a raggiungere lo scopo, e, come predetto, non è neppure richiesta la spendita del nome del membro della p.a. da corrompere fintamente, poiché è sufficiente far credere che vi sia un p.u. disposto a tenere una condotta scorretta o arrendevole dinanzi alla prospettata influenza.

Con riferimento al prezzo, la dottrina⁴³ precisa che quest’ultimo può esser richiesto tanto a titolo di rimborso spese, quanto come funzionale a compilazione di istanze, oppure quale guadagno netto per il millantatore, poiché a ben vedere rileva la pattuizione di una contropartita in *re ipsa*, quale sintomatica di una riprovevole mercificazione.

Il reato al secondo comma è centrato invece sulla preminenza della remunerazione che il millantatore richiede al fine di ricompensare il p.u. che dovrebbe

siano date in vista della effettiva retribuzione dell’atto di ufficio che il pubblico ufficiale ha compiuto o deve compiere».

³⁹ Tale locuzione viene in rilievo stante l’indubbio richiamo che la fattispecie ex 346 c.p., già presente nel previgente codice del 1889 sotto la previsione 204 c.p. sempre collocata tra i reati contro la p.a., fa della *venditio fumi* di origine romanistica, espressione che ben rievoca l’idea dell’imbroglio che il venditore realizza in danno al compratore.

⁴⁰ Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, 2008, Milano, Giuffrè editore.

⁴¹ GAROFOLI, *op. cit.*, p. 113.

⁴² La Cass. pen., 9 aprile 2010, n. 13479, precisa come ai fini del reato de quo non occorra una condotta ingannatoria o raggirante, bastando l’elemento materiale integrato dalla mera vanteria, implicita o esplicita, di poter influire sul p.u.

⁴³ GAROFOLI, *op. cit.*, p. 114.

realizzare l’attività richiestagli dal privato, indipendentemente dal fatto che ciò consti in un atto contrario o coerente ai propri doveri d’ufficio. Il *dictum* normativo dà rilievo al “pretesto” con cui il millantatore esiga la somma di danaro (o altra utilità), ponendo in essere una condotta chiaramente fraudolenta ed ingannevole, posto che costui riceve la prestazione con l’originaria intenzione di trattenere la cifra per sé⁴⁴.

Ecco perché la dottrina univocamente ritiene che il secondo comma sia in rapporto di specialità con il reato di truffa, in quanto l’artificio o raggirio rinvenibile al 346 co. 2 non costituisce nient’altro che una particolare modalità di prospettazione di una realtà fittizia per nulla corrispondente alla situazione veritiera, tale da ingenerare un erroneo convincimento nel millantato che quel danaro verrà corrisposto al p.u. quale retribuzione per il proprio operato.

Ed allora se con riferimento ai rapporti tra 346 co. 1 e truffa la giurisprudenza sia incline ad ammettere la sussistenza di un concorso formale di reati giacché, si argomenta, è ben possibile che una sola condotta integri due reati differenti quanto al bene giuridico protetto – prestigio della p.a. nel 346 e patrimonio nella truffa – al diverso soggetto passivo, e quanto al diverso elemento materiale, il concorso formale non è invece ammissibile con riferimento al rapporto tra truffa e 346 co. 2. Qui il problema va risolto diversamente sul piano del concorso apparente di norme, posto che tra i due reati sussiste un rapporto di *genus a species* suscettibile di esser risolto con il ricorso all’art. 15 preleggi, in quanto in entrambe le ipotesi è rinvenibile una forma di raggirio nei confronti di un destinatario indotto ad una falsa rappresentazione della realtà, grazie a cui conclude un accordo in ottemperanza al quale esegue una dazione: precisamente il reato ex 640 c.p. deve ritenersi assorbito nel millantato credito il cui disvalore ingloba quello del diverso reato, posto che, diversamente optando, l’agente verrebbe punito due volte ingiustamente violandosi il principio di *ne bis in idem*⁴⁵.

Non sorprende questa sovrapposizione tra truffa e millantato credito ove si consideri che l’art. 346 c.p. richiama la *venditio fumi* di origine romanistica, locuzione che rende agevolmente l’idea dell’inganno intrapreso dal venditore in danno al compratore nella misura in cui si prospetti un credito inesistente o esistente ma volontariamente esagerato, allorché tale vanteria sia prospettata con un intento locupletativo funzionale a percepire utilità indebite⁴⁶.

Coerentemente ad una interpretazione restrittiva della nozione di millantato credito riferentesi alla sola

⁴⁴ La Cass., 18 gennaio 1990, n. 624 precisa come il reato di cui al co. 2 si intenda consumato allorché l’agente faccia promettere utilità col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o impiegato.

⁴⁵ In tal senso Cass., 7 giugno 2006, n. 30150.

⁴⁶ In tal senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, a cura di Conti, 2003, p. 398.

vendita di fumo, è interessante notare come la Casazione, con sentenza 10 marzo 1995 n. 4162, rilevava che, qualora l'utilità fosse realmente destinata al funzionario infedele e dunque mancasse il "pretesto", non fosse punibile la condotta di chi inducesse taluno a dare denaro nell'effettivo proposito di corrompere il p.u., "arrestandosi l'azione al limite al tentativo di corruzione, attribuibile peraltro anche a colui che il denaro ha versato o promesso".

Argomento stringente a sostegno della tesi restrittiva è certamente la collocazione sistematica del 346 c.p. tra i reati contro la p.a. e non contro il patrimonio, ma soprattutto il soggetto attivo del reato individuato unicamente nel millantatore rispetto al quale il compratore di fumo è un complice solidale solo putativamente, posto che a ben vedere si configura quale vittima della vanteria.

2.2.2. Interpretazione estensiva: anche lo sfruttamento di relazioni esistenti

L'orientamento restrittivo appena ricordato è per lungo tempo invalso nella prassi forte degli argomenti dottrinali menzionati, ma soprattutto fermo nel sottolineare quale unico bene giuridico protetto il prestigio della p.a. intaccato da vanterie circa crediti inesistenti con p.u.

Chiaramente ciò ha implicato che restassero fuori dall'alveo della rilevanza penale le ipotesi in cui il rischio di corruzione fosse concreto, e precisamente in tutte le circostanze in cui il credito vantato, lungi dall'essere inesistente oppure esistente ma esaltato al solo fine di percepire un'utilità indebita, fosse invece reale ed accompagnato da una effettiva intenzione di negoziare un'illecita attività del p.u., sia quando ciò fosse funzionale a fomentare la produzione di atti del proprio ufficio che per ottenere atti contrari ai doveri d'ufficio.

Pertanto si ingenerava un grave *vulnus* di tutela nelle ipotesi in cui la condotta prodromica alla corruzione non sfociasse in una negoziazione finale, poiché la stretta lettura del 346 c.p. evidentemente ostava a tale obiettivo.

Per questa ragione, giocando sul non univoco significato linguistico del termine "millanteria"⁴⁷, una parte sempre più consistente della dottrina ha ritenuto di poter forzare la lettera della norma mirando ad un'interpretazione teleologica che ricomprendesse tanto un credito infondato quanto l'esaltazione di relazioni realmente esistenti; nel dettaglio, era suscettibile di incorrere nella previsione *ex 346-bis* pure colui il quale, ingigantendo relazioni esistenti, le prospettasse al fine di poter realmente creare una mediazione tra p.u. e compratore, per far sì che costui ottenesse un obiettivo fondatamente e sinceramente prospettato.

⁴⁷ "millantare" non equivale a "simulare", come osserva pure PISA, *op. cit.*, p. 34.

Le pregevoli tesi che hanno auspicato in una interpretazione onnicomprensiva hanno argomentato come l'art. 346 fosse un reato plurioffensivo, andando ad intaccare non già il solo prestigio della p.a., ma pure il regolare svolgimento delle funzioni *ex 97 Cost.* e la libera estrinsecazione dell'esercizio professionale da parte dei suoi dipendenti non più scevri, nell'operare, da qualsiasi condizionamento esterno. Quale conseguenza inevitabile il millantato credito ha inglobato, accanto alla *venditio fumi*, pure il traffico di indebite influenze di origine comunitaria⁴⁸.

Anche la giurisprudenza⁴⁹ osserverà come risultasse indifferente che il credito millantato fosse esistente o privo di un reale fondamento, poiché la centralità del comportamento consisteva nella mercificazione della prospettata influenza verso la p.a., e dunque nel rischio di minare l'immagine della p.a. o nel concreto pericolo di verifica di una corruzione del p.u. sensibile al richiamo esercitato su di lui⁵⁰.

Il gran pregio dell'impostazione estensiva è stato certamente quello di porre un argine al rischio di lasciare impunte fattispecie comportamentali certamente recepite quali antisociali per la collettività, poiché se è vero che la millanteria circa un credito esistente mina il prestigio ma non pone alcun concreto pericolo di verifica di una corruzione successiva, è certamente indubbio che sia ancor più riprovevole la prospettiva di un credito effettivo che rischia realmente di creare un ponte tra privato cittadino e dipendente della p.a. in grado di rendere favori illeciti a costui.

Al contempo, però, vi era da fare i conti con un dato normativo stringente che, dato il *nomen iuris* e soprattutto la menzione di un unico soggetto attivo (il millantatore), obbligava comunque a sussumere il traffico di influenze illecite sotto la centralità della millanteria, nel senso che la punibilità poteva sussistere solo quando il punto centrale della condotta fosse connotato da una esasperazione, ingigantimento, precipua sottolineatura di una relazione (pur se esistente) col p.u.

⁴⁸ In tal senso PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling*, in *Rivista italiana diritto processuale penale*, 1968, cit., p. 929; TAGLIARINI, voce *Millantato credito*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, cit., 317; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. 1, 2007, p. 311; RAMPIONI, voce *Millantato credito*, in *Dig. Disc.Pen.*, vol. VII, 1993, cit., 688; DE ANGELIS, voce *Millantato credito*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XX, 1990 p. 4. Decisamente in tale prospettiva, con diffusi riferimenti comparatistici l'analisi di SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico d'influenza*, 2000, p. 53 ss.

⁴⁹ Conf. in giurisprudenza, pur continuando a indicare come oggetto della tutela il solo prestigio della p.a. Cass., 14 luglio 1983, n. 159912; Cass., 7 maggio 1991, n. 187561; Cass., 22 luglio 1999, n. 214125; Cass., 22 marzo 2005, n. 231042; Cass., 2 aprile 2010, n. 246270.

⁵⁰ Cit. ROMANO, *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1399.

Questo artificio era l'unico modo per punire le condotte realmente offensive in quanto anticipatorie dei reati di corruzione ma preservare pure un'identità di *ratio* con dato normativo, che comunque punisce esclusivamente il mediatore lasciando impunito il millantato, prospettantesi quale vittima di un inganno o di un'esasperazione della realtà⁵¹; diversamente, ove le conoscenze informative dell'intermediario e del privato siano paritetiche e non vi sia una prospettazione errata della realtà in danno al privato, allora costui non può certo definirsi quale vittima, e a questo punto mal si concilierebbe la sua posizione con l'impunità accordatagli dal 346 c.p., posto che la rilevanza penale della sua condotta potrebbe al più assumere rilievo soltanto ove si configurasse quale compartecipe solidale nel reato di corruzione consumatosi.

Chiaramente la giurisprudenza più recente, fino al subentro del reato *ex* 346-*bis*, ha continuato ad aderire ad una interpretazione estensiva del reato *ex* 346, come testimoniato da consolidate pronunce recenti secondo cui «ai fini della configurabilità del reato de quo non è necessaria una condotta ingannatoria o raggirante, dovendosi gli estremi del reato ritenere realizzati nel sol fatto di chi, vantando in modo esplicito o implicito, ovvero lasciando intendere di avere la possibilità di influire sul pubblico ufficiale, si faccia dare o promettere un compenso per la propria mediazione presso quest'ultimo, e ciò a prescindere dalle particolari modalità della condotta, in forza della quali egli riesce a ottenere il compenso, sia prospettando eventuali ostacoli o incertezze, sia promettendo il sicuro esito del suo intervento»⁵².

Dunque anche i recenti arresti giurisprudenziali confermano come le mediazioni, pur quando fondate su rapportualità concrete, dovessero punirsi solo al cospetto della volontà del "venditore" di magnificare le sue persuasive capacità di condizionamento delle attività del p.u., tuttavia «più in là non era consentito spingersi, pena il rischio di sconfinare in pericolose operazioni *praeter legem*».⁵³

2.3. Il "nuovo reato" di traffico di influenze illecite ed il ridimensionamento del millantato credito post riforma

La legge anticorruzione introduce il "nuovo" reato di traffico di influenze illecite sotto le spinte della normativa europea e, pertanto, affianca al noto millantato credito una nuova fattispecie penale che sembra

esaudire finalmente un'esigenza di simmetria tra le due ipotesi di credito fasullo e credito effettivo, che la giurisprudenza aveva tentato di ricreare.

La nuova fattispecie penale è costruita in modo tale da porre un accento sulla corposità ed effettività delle relazioni realmente esistenti, quale preconditione al concreto pericolo di protrazione della condotta di mediazione illecita al fine di sfociamento in una corruttela delle pubbliche funzioni, pericolo che, dinanzi ad un credito fittizio, è certamente inesistente.

La "millanteria" scompare, infatti, dalla previsione e invece è lo sfruttamento delle relazioni esistenti che diviene strumento tramite cui esigere il prezzo per la mediazione effettiva, o la remunerazione diretta al p.u.

L'inevitabile conseguenza è che il millantato credito torni ad essere soltanto un credito fasullo e dunque venga riportato ad un'interpretazione restrittiva⁵⁴, che, si era detto, è certamente più rispettosa del dato letterale che preme sulla pregnanza della vanteria di un rapporto/relazione col p.u. inesistente o comunque, pur se esistente, decisamente esaltato al fine di ottenere per sé un indebito vantaggio. Pertanto non conta neppure che il millantato abbia reso un indebito vantaggio o utilità al millantatore nella ragionevole o irragionevole convinzione che costui potesse realmente intercedere perorando le sue ragioni, così come non conta che l'inganno iniziale si sia tradotto in una mediazione effettiva, poiché ciò che rileva ai sensi dell'art. 346 c.p. è che un privato sia stato destinatario di una indebita richiesta economica (o d'altro tipo) promessa o prestata in seguito alla vanteria di un credito inesistente, rispetto alla quale egli si pone come vittima e perciò non risponde penalmente.

Il 346 c.p. torna ad essere una *subspecie* di truffa, e precisamente una truffa qualificata connotata, oltre che dall'imbroglio, dalla presunta e prospettata disponibilità dei pubblici funzionari ad eseguire illeciti favori nei confronti dei paganti. Si giustifica perciò solo la sanzionabilità più stringente del 346-*bis* rispetto alla truffa semplice *ex* 640 c.p., poiché il millantato credito copre la violazione tanto dell'integrità patrimoniale del millantato quanto, e soprattutto, la violazione del prestigio ed immagine della pubblica amministrazione⁵⁵.

Cade pertanto la ricostruzione giurisprudenziale che aveva optato per un'interpretazione teleologica estensiva, poiché non vi è più ragione di sussumere lo sfruttamento di relazioni effettive e correlato mercimonio delle funzioni pubbliche sotto una previsione che stigmatizzi fondamentalmente la millanteria,

⁵¹ Criticizza l'interpretazione estensiva in tal modo pure ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche pubblicistiche*, 2008, p. 116.

⁵² Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 2003 n. 16255; Cass. Pen., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 13479.

⁵³ MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Archivio Penale*, 2015, fasc. 1, p. 6 (www.archiviopenale.com). Nello stesso senso MEZZETTI, "Nobiltà e miseria" ovvero della corruzione in atti giudiziari, in *Cassazione penale*, 2007, p. 1631.

⁵⁴ In tal direzione anche DOLCINI - VIGANÒ, *op. cit.*, p. 239; BALBI, *op. cit.*, p. 8; PRETE, *op. cit.*, p. 8; anche MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, *op. cit.*, p. 433; Più cauto PULITANÒ, *op. cit.*, p. 13, per il quale il ritorno all'ipotesi qualificata di truffa fornirebbe all'assetto complessivo degli artt. 346 e 346-*bis* non più che una «coerenza passabile».

⁵⁵ Così pure ROMANO, *op. cit.*, p. 1404.

posto che adesso sussiste una previsione *ad hoc* in cui scompare totalmente il riferimento alla predetta locuzione dai contorni ambigui.

Si potrebbe sostenere semplicisticamente che il legislatore abbia ritenuto di voler positivizzare nel 346-*bis* il diritto vivente già acquisito per opera ricostruttiva della suprema corte di Cassazione, e a questo proposito sarebbe doveroso sottolineare la fittizia novità del 346-*bis*, stigmatizzante una condotta comportamentale oramai già rientrante nella consolidata esperienza interpretativa delle corti; ma, come pure accorta dottrina ha osservato, a ben vedere la norma dimostra invece «come l'attuale conformazione giurisprudenziale non fosse conforme alla disciplina vigente» condensata nel 346 c.p.⁵⁶.

Dal momento che il millantato credito non può più allargarsi nel ricomprender pure le relazioni reali, arguta dottrina ha sottolineato come la nuova applicazione del 346 c.p. diventi problematica, in quanto potrà configurarsi quale «asfittica o, al contrario, potenzialmente vorace»⁵⁷: asfittica in quanto rapportabile alle sole ipotesi in cui il mediatore non abbia alcuna conoscenza o rapportualità in forma minima col p.u. che dovrebbe realizzare l'illecita operazione finale, ipotesi dunque che implicherebbe la complessa prova della falsità del credito; potenzialmente vorace, invece, allorché la dottrina e la giurisprudenza intendessero ricondurvi le più blande rapportualità (parentela, affinità, politica etc.) pur di recuperare un'autonomia del precetto.

2.4. Profili di diritto intertemporale circa l'art. 346-*bis*: successione di leggi penali nel tempo

Inevitabilmente la tipizzazione del traffico di influenze illecite ha sollevato alcune considerazioni problematiche quanto ai profili di diritto intertemporale e, nel dettaglio, con riguardo alle condotte che, per il tramite dell'interpretazione estensiva resa dalla Cassazione sul reato *ex* 346 c.p., venivano oramai già punite a titolo di millantato credito pur quando concernessero la spendita di un credito vantato su relazioni effettivamente esistenti tra il mediatore ed il p.u.

Al contempo l'espressa normativizzazione del *trading influence* di origine comunitaria ha suscitato alcune obbligate riflessioni che hanno indotto a ritenere come allora il legislatore non avrebbe sentito la necessità di creare appositamente il reato *ex* 346-*bis* se l'interpretazione estensiva fornita dalla Corte fosse stata legittima, sicché ciò implicherebbe che l'allargamento del millantato credito sia andato ben oltre un'interpretazione teleologica sfociando in una violazione del divieto di analogia in *malam partem*.

⁵⁶ Cit. BONINI, *Traffico di influenze illecite (346-bis)*, in *Giur. it.*, 2012, fasc 12, p. 2696; così pure SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, 2012, cit., p. 1326.

⁵⁷ DI MARTINO, *op. cit.*, p. 667.

Pertanto la dottrina si è spaccata e arroccata su due tesi diametralmente opposte, da un lato confluyente nella soluzione per cui il reato *ex* 346-*bis* abbia configurato una *nuova incriminatio ex art. 2 co. 1*, e dall'altro sostenente l'applicazione dell'art. 2 co. 4 in virtù della pretesa sussistenza di una successione modificativa parziale del reato *ex* 346 c.p.⁵⁸.

2.4.1. Nuova incriminatio

Gli interpreti, allorché si trovino a dover individuare un preciso *discrimen* tra ipotesi di *nuova incriminatio* o *abolitio criminis* rispetto al fenomeno di successione modificativa, ricorrono al cd. criterio strutturale inaugurato dalle sez. un. Giordano⁵⁹, grazie al quale la fattispecie penale viene scomposta nelle proprie componenti costitutive e riassembleta in un secondo momento, sicché, ove tale criterio non sia bastevole, affiancano l'indagine con il ricorso al cd. giudizio di valore che si inabissa nell'intima essenza del reato per coglierne la *ratio* punitiva⁶⁰.

Procedendo dunque ad un'analisi della struttura criminosa del 346-*bis* e successivamente comparandolo al 346 c.p., plurimi sono gli argomenti spendibili a sostegno della tesi secondo la quale il traffico di influenze illecite, lungi dal porsi in continuità con la previsione del millantato credito, costituisca una nuova previsione normativa ricadente su di una condotta precedentemente non stigmatizzabile.

Innanzitutto la nuova fattispecie penale è imperniata sulla promessa o dazione di un'utilità patrimoniale richiesta dal venditore d'influenza e pattuita con l'aspirante acquirente della mediazione illecita, sicché scompare ogni riferimento all'elemento della vanteria che costituisce il cardine della previsione *ex* 346 c.p.⁶¹. Evidentemente la scelta costruttiva del reato rispecchia la diversa consistenza del bene giuridico protetto dall'ordinamento cui il legislatore abbia apprestato tutela con tale nuova previsione, sicché, se la millanteria di un credito inesistente o esasperato, lungi

⁵⁸ Osserva PISA, *op. cit.*, p. 34, che «è proprio sull'individuazione della reale portata innovativa del traffico di influenze illecite che pesa l'incertezza interpretativa che gravava sul delitto di millantato credito, per il quale si erano profilati infatti due orientamenti diversi».

⁵⁹ Cass. pen., sez.un., 26 marzo 2003, n. 25887.

⁶⁰ Sul tema cfr. tra gli altri DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 97 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Rivista italiana del diritto proc.pen.*, 1982, p. 1361; PODO, voce *Successione di leggi penali*, in *Novissimo digesto*, vol. XVIII, 1977, p. 643 ss.; SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1993, vol. XXX, p. 5; SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988.

⁶¹ Così pure BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 10; osserva allo stesso modo MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Archivio Penale*, 2015, fasc. 1 p. 6, www.archiviopenale.com.

dal rischiare lo sfociamento in corruzione o concussione, mina il decoro della pubblica amministrazione, diverso è l'obiettivo cui abbia mirato il legislatore con la previsione 346-*bis* inserita nel pacchetto anticorruzione; il *trading influence*, che certamente presuppone una rapportualità reale ed effettiva tra intermediario e pubblico ufficiale la cui conoscenza con il privato si intende mediare, più che preservare il decoro della p.a. persegue invece l'obiettivo di custodirne il regolare e trasparente svolgimento delle funzioni, intaccato dal mercimonio delle attività amministrative innestato grazie al sottobosco di "intrecci amicali" che troppo spesso condizionano l'effettiva applicazione del 97 Cost.

Per configurare una continuità tra 346-*bis* e 346 c.p. non basta pertanto focalizzare l'attenzione sulle relazioni esistenti che, espressamente menzionate nel 346-*bis*, erano invece ritenute inglobate pure nel 346 grazie all'interpretazione estensiva auspicata dalla recente giurisprudenza in materia, in quanto, se per il reato *ex* 346 l'esistenza di relazioni effettive costituiva comunque occasione per un'esaltazione spropositata del credito se non addirittura imbroglio funzionale a che il millantatore potesse recepire un'utilità indebita, ora il 346-*bis* prescinde da ogni prospettata intenzione ingannatrice e fraudolenta, poiché vale a configurare il reato la commercializzazione di un credito davvero esistente grazie al quale si voglia realizzare un ponte di comunicazione tra acquirente del credito e p.u. disposto a garantire il *favor*.

E infatti, sempre guardando alla struttura in chiave comparatistica, altra evidente discrasia tra 346 e 346-*bis*, che conferma la tesi di nuova *incriminatio* del 346-*bis*, consiste nel valutare i differenti soggetti attivi del reato.

La millanteria, sia intesa quale esagerazione di un credito esistente che come inganno presupponente una relazione mai vissuta tra mediatore e p.u., diventa occasione per costruire un imbroglio travestito da favore, e allora il compratore di fumo è evidentemente vittima di un inganno che, agli occhi del legislatore, lo rende esente da qualsiasi punibilità; egli infatti è un compartecipe di una mercificazione impossibile, posto che l'*intentio* del millantatore è quella di trattenere per sé l'indebito richiesto a titolo di prezzo o di remunerazione, e in fin dei conti la punibilità esemplare di tale reato è funzionale a dissuadere da ogni tentativo futuro di intaccamento dell'immagine della macchina statale che possa esser tentato da eventuali aspiranti venditori di fumo.

Diversamente, nella fattispecie *ex* 346-*bis*, che costituisce un reato ostacolo volto a colpire le condotte anticipatorie dei reati di corruzione, viene posta in rilievo non solo l'offensività della condotta del venditore di credito effettivo ma anche quella del compratore che, accordandosi per cercare di entrare in contatto con l'incardinato presso la p.a., diviene indubbiamente

te complice dell'intermediario e, qualora la corruzione abbia luogo, passibile di reato *ex* 110 e 319 c.p.

Pertanto arguta dottrina ha sottolineato come rivivere supinamente e senza alcun criticismo una continuità normativa *ex* art 2 co. 4 c.p. tra 346 e 346-*bis* per quelle condotte mediatriche fondate su relazioni effettive sia evidentemente un errore, in quanto «la natura della relazione di cui gode il trafficante non è sempre e di per sé criterio idoneo a differenziare in maniera netta il ruolo che assume il contraente che acquista la mediazione»⁶²; potrebbe infatti verificarsi che, pur su uno sfondo di rapportualità effettiva, tale legame non sia comunque stringente al punto da poter tentare un'opera di reale mediazione e dunque di corruzione, e allora, applicando sempre asetticamente il 346-*bis* si ingenererebbe una co-responsabilizzazione a tappeto dei compratori di influenza rischia in molti casi di punire «autentiche vittime di autentici raggiri»⁶³, come nell'esempio appena fornito.

Insomma non basta l'effettività della relazione, contatto, amicizia, parentela tra chi si prospetti come affidabile mediatore tra il privato compratore ed il p.u., ma, per escludere che si tratti di un'esasperante o ingannevole millanteria *ex* 346 c.p., vi è bisogno di un *quid pluris* ossia l'effettività dell'influenza da doversi provare in sede di accertamento e, soprattutto, la comprovata attivazione dei poteri persuasivi dell'intermediario. Ecco perché questo sembra l'argomento centrale nel diffidare da una semplicistica valutazione quanto all'essersi verificata una successione modificativa di leggi penali nel tempo.

L'esegesi dello scheletro dei due reati mostra segni di asimmetria pure con riferimento al richiamo al fenomeno di corruzione, in quanto l'art. 346-*bis* considera esclusivamente le intercessioni prodromiche al reato di corruzione propria, irrilevanti restando le ipotesi in cui la mediazione sia stata prospettata per fomentare la produzione di atti d'ufficio del p.u. *ex* 318 c.p.⁶⁴; paradossalmente un reato di vetusta origine si prospetta quale onnicomprensivo ove si valuti che il 346 c.p. manca di ogni riferimento alla corruzione propria piuttosto che impropria, inglobando in tal modo qualsiasi ipotesi in cui la vanteria di un credito inesistente o amplificato venga prospettata come necessaria per ogni fenomeno di corruttela.

Anche se, come già detto, l'esclusione della corruzione impropria dal 346-*bis* si spiega con l'esigenza di quietare le voci preoccupate di chi paventasse il rischio di stigmatizzazione delle attività lobbistiche lecite, non può comunque ignorarsi che ciò abbia determinato uno spaccettamento della repressione della

⁶² Cit. MERENDA, *Traffico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche*, in *Archivio Penale*, 2015, fasc. 1 p. 6, in www.archiviopenale.com.

⁶³ In tal senso VALENTINI, *Dentro lo scricigno*, op. cit., p. 124.

⁶⁴ Si ricordi la clausola di riserva «fuori dai casi di concorso nel reato *ex* 319 e 319-*ter*» con cui si apre la previsione del 346-*bis*.

corruttela tra 346, in grado di colpire qualsiasi vantaria in spregio al prestigio della p.a., e 346-bis, incentrato esclusivamente sulle dietrologie dei fatti di corruzione finalizzata all'espletamento di atti contrari ai propri doveri d'ufficio (cd. corruzione propria). Conseguenzialmente il trafficante dotato di relazione reale col p.u. che ottenga un prezzo o una retribuzione per un'intercessione funzionale ad un asseveramento delle funzioni va esente da pena, mentre resta intrappolato nelle trame del tessuto penalistico, peraltro con pena molto severa, il millantatore di un credito inesistente ove prospetti un'intesa funzionale a dar vita ad una corruzione impropria⁶⁵.

Certamente differente sul piano strutturale è pure il profilo sanzionatorio che, se per il millantato credito consiste nella reclusione da uno a sei anni, tenendo conto delle modulazioni di cui al co. 1 e co. 2, stranamente si alleggerisce al cospetto del traffico di influenze reali, per il quale il legislatore prevede la reclusione da uno a tre anni.

È indubbiamente singolare la scelta di punire più severamente la negoziazione di un'intercessione fondata su una relazione effettiva tra p.u. e mediatore che non la vanteria di una conoscenza inesistente, ininfluente oppure esistente ma non spendibile, tanto più se si considera che il 346-bis viene inserito nel pacchetto anticorruzione che, per definizione, avrebbe dovuto inasprire i trattamenti sanzionatori per le condotte minanti il corretto funzionamento dell'apparato pubblico, mentre invece qui è presente tutto fuorché un inasprimento. Però, è ancora più evidente la discrasia con la sanzione ex 346 c.p., che il legislatore accuratamente non ha voluto limare, e ciò fa deporre nel senso che il 346-bis non presenti alcuna continuità normativa col 346 neppure sotto quest'aspetto.

Colpisce pure la diversa perimetrazione del concetto di "utilità" richiesta quale merce di scambio per assicurarsi che la mediazione, reale o millantata, vada in porto: infatti, mentre il 346-bis precisa come debba trattarsi di danaro o altro vantaggio patrimoniale, l'art. 346 c.p. più efficacemente preme sulla bastevolezza di qualsiasi altra utilità.

Tale discrasia strutturale può simmetricamente spiegarsi ragionando parallelamente con i crismi del criterio teleologico che, ancora una volta, conferma come il 346-bis faccia leva su obiettivi diversi, e precisamente pure sulla gratuità delle funzioni amministrative, quale profilo invece assente dal perseguimento del reato ex 346 c.p. Da un lato la lesione del prestigio della p.a., dall'altro il rischio concreto di mercificazione

ni delle pubbliche attività, di alterazioni della macchina amministrativa, della gratuità del *munus* pubblico reso dal p.u. non suscettibile di divenire posta in gioco per una valida compravendita. E allora anche il diverso trattamento sanzionatorio può spiegarsi in quest'ottica. Ad ogni modo resta quale aspetto paradossale che il 346-bis non possa trovar luogo ove la commercializzazione delle pubbliche funzioni sia pagata o remunerata con una merce di scambio non avente valore patrimoniale, pur quando oggettivamente valutata come mercificazione riprovevole nella *communis opinio*⁶⁶.

In virtù delle valutazioni sopra prospettate, sussistono dunque plurime ragioni per ritenere applicabile l'art. 2 co. 1 c.p., posto che l'art. 346-bis differisce innanzitutto strutturalmente, ma anche con riferimento al bene giuridico protetto oltre che alla modalità di aggressione considerata dal legislatore, sicché pure il criterio teleologico sembra smentire una ricostruzione favorevole ad intuire una continuità tra i due disegni normativi.

2.4.2. Abrogatio sine abolitio: Cass. n. 51688/2014

La Cassazione⁶⁷, chiamata a dare una risposta quanto ai profili di diritto intertemporale con riferimento alle condotte consumatesi ante l. anticorruzione, concernenti la spendita di un'effettiva relazione quale preconditione per una prospettata affidabile mediazione idonea a creare un contatto tra privato e pubblico ufficiale, ha dato la stura all'applicazione dei principi ex art. 2 co. 4 c.p.

L'occasione è stata offerta da una circostanza, purtroppo non infrequente, in cui un consigliere politico, ordinariamente in contatto con funzionari tecnici del ministero impegnati elaborazione di una delibera del CIPE e di un decreto legge, abbia inteso condizionare costoro pressandoli per l'inserimento nella delibera di uno stanziamento di fondi per la prosecuzione dei lavori del MOSE, affinché venisse favorito il consorzio Venezia nuova.

Dunque il consigliere, approfittando dell'accesso quotidiano alla sede del Ministero che gli consentisse di avvicinare i funzionari lì impegnati, operava quale faccendiere che, vantando una relazione effettivamente esistente con pubblici ufficiali, perciò solo esigeva un compenso patrimoniale a titolo di prezzo per la

⁶⁵ Quest'irragionevolezza viene lamentata da ROMANO, *Legge anticorruzione*, cit., p. 1406; sul medesimo aspetto pure VALENTINI, *Dentro lo scigno del legislatore*, op. cit., p. 123, per il quale il preaccordo finalizzato alla realizzazione di fatti rilevanti ex 318 c.p. rientrerebbe in ogni caso, anche dopo l'intervento di riforma, nel raggio applicativo dell'art. 346 co. 2, pure là dove si fondi su relazioni esistenti col p.u.

⁶⁶ Osserva infatti BALBI, *op. cit.*, p. 10, come, ad esempio, colui il quale richieda come corrispettivo una prestazione sessuale sarebbe punibile ex 346 c.p. ma andrebbe esente da pena stante la previsione ex 346-bis, realizzandosi un'indubbia asimmetria tra le due fattispecie; stesso esempio vien fornito da BONINI, *Traffico di influenze illecite*, op. cit., p. 2698; secondo cui "il corrispettivo consistente in una prestazione sessuale potrà irragionevolmente rilevare nella sola ipotesi meno grave, in un rapporto di scalarità orientata sull'offesa all'interesse giuridico, il millantato credito, anche se più rigorosamente punito rispetto al traffico di influenze illecite; così pure ROMANO, *Legge anticorruzione*, cit., 1408, che definisce la differenza sul punto «un assoluto non senso».

⁶⁷ Cass. pen., sez VI, 11 dicembre 2014, n. 51668.

mediazione intrapresa quale prodromica alla futura corruttela.

Avendo consumato la predetta influenza illecita prima dell'avenuta riforma anticorruzione, la Corte osserva come la fattispecie concreta debba sussumersi sotto la previsione del millantato credito *ex* 346 c.p., la quale, in ossequio alla consolidata giurisprudenza estensiva dell'ultimo decennio, abbia pacificamente ricompreso in tal ipotesi pure la millanteria di un credito realmente esistente, dimostrandosi come il prestigio della p.a. non sia intaccato meramente da chi voglia magnificare un'influenza di cui non dispone, bensì pure da chi strumentalizzi una conoscenza reale vantata al fine di percepire un indebito compenso.

Omaggiando l'interpretazione estensiva già evocata dalla medesima Corte con precedenti arresti⁶⁸, il Supremo consesso precisa come la *ratio* del millantato credito sia porre la p.a. al riparo dal strumentalizzazioni delle proprie funzioni ad opera di faccendieri che vogliano prospettare i pubblici impiegati quali "persone venali inclini a favoritismi", sicché la vantaria va stigmatizzata tanto nell'ipotesi in cui prospetti un'influenza inesistente e sponsorizzata con l'inganno, quanto nell'ipotesi in cui pubblicizzi un condizionamento capace di attuarsi.

Dovendo fare i conti con la l. n. 190 del 2012 che, lasciando immutata la previsione *ex* 346 c.p., vi ha affiancato il traffico di influenze illecite ora incentrato esclusivamente sullo sfruttamento di «relazioni esistenti» indipendentemente dalla modalità, vantata o non esasperata, di sponsorizzazione del credito, la Corte osserva come la condotta del faccendiere basata sulla magnificazione di un rapporto esistente, a meno che non sia già intervenuta sentenza di condanna, ora debba esser veicolata sotto la nuova previsione *ex* 346-*bis* «in forza del rapporto di continuità tra norma speciale e norma generale».

In sostanza la nuova previsione del 346-*bis*, a parer della Corte, non è nient'altro che una riformulazione del precetto penale già stigmatizzato dal legislatore, dando vita ad una successione modificativa di leggi penali nel tempo ai sensi dell'art. 2 co. 4 c.p. e, più precisamente, ad una riqualificazione di un precetto che varrebbe a incardinare il fenomeno come successione impropria stante la dottrina dominante⁶⁹. Indubbiamente trattasi di una successione modificativa parziale, posto che il 346 c.p. resta comunque vigente ma vien spacchettato e, se da un lato recupera la propria esclusività regolamentativa per le ipotesi di vantato credito inesistente, perde la sussumibilità sotto di

sé delle vanterie "ragionevolmente" sponsorizzate sulla base di un credito realmente esistente.

E allora diviene obbligata l'applicazione della sanzione *ex* 346-*bis* alle fattispecie di *trading influence* basato su relazioni reali consumatesi ante l. anticorruzione, poiché, in applicazione del principio di retroattività della *lex mitior*, deve preferirsi la reclusione da uno a tre anni, piuttosto che non la reclusione da uno a sei. Quale altra conseguenza, l'imputato che eventualmente sia stato sottoposto a detenzione cautelare, deve perciò esser pure liberato non essendo più consentita tale misura ai sensi dell'art. 280 co. 1 c.p.p.

Forte della giurisprudenza consolidata nel passato, la Cassazione evidentemente ritiene che sussista una *eadem ratio* tra la nuova previsione ed il millantato credito, certamente adesso costretto a rintanarsi nell'interpretazione vetusta, ma ora riesumata, di carattere restrittivo che lo voleva confinato al sol credito inesistente o esasperatamente vantato ma certamente non spendibile.

Ad ogni modo il Supremo Consesso non risparmia critiche quanto al nuovo reato *ex* 346-*bis*, poiché, pur obbligato ad applicare la più mite sanzione del traffico di influenze illecite per le condotte di millantato credito esistente perfezionatesi medio tempore, sottolinea come il più blando trattamento punitivo sia un «risultato paradossale per una riforma presentata all'insegna del rafforzamento della repressione dei reati contro la p.a.».

Certamente un argomento a favore della tesi sostenente *l'abrogatio sine abolitio* operata dal 346-*bis* rispetto al 346 può indubbiamente ravvisarsi al cospetto della normativa comunitaria d'oltralpe⁷⁰ che, non distinguendo tra credito reale ed inesistente, ricomprende in un'unica previsione punitiva il *trading influence* avanzato da un intermediario, peraltro a nulla rilevando la magnificazione o l'esaltazione della relazione con il p.u. E quindi, potrebbe sostenersi che la creazione di un "nuovo" reato sia servita a creare un «negativo fotografico»⁷¹ del 346 c.p., completando ciò che il legislatore del 1930 aveva soltanto iniziato, mancando – nelle intenzioni originarie – di ricomprendervi pure il traffico di influenze reali.

Tuttavia sorge spontanea una critica, e infatti non si comprende perché mai il legislatore abbia riproposto un contenuto ripetitivo, che oramai la giurisprudenza si era sforzata di sussumere già sotto il 346 c.p., se l'intento fosse stato soltanto quello di conferire tipizzazione normativa al traffico di influenze illecite che aveva già ottenuto una tipizzazione sociale.

2.5. Peculiarità e criticità della recente giurisprudenza

Sembra che in qualche modo le sez.un. optino per questa soluzione di comodo soltanto per non tradire le conclusioni cui si fosse giunti con gli orientamenti del passato di carattere estensivo: in sostanza, posto

⁶⁸ Ex plurimis Cass., sez VI, 4 marzo 2003, n. 16225; idem Cass., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 13479.

⁶⁹ Così GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, X ed., 2014, p. 231; secondo cui la successione impropria si ha quando "la disposizione successiva non abroga formalmente la previsione incriminatrice vigente al momento del fatto, attendendo solo ad una sua riformulazione".

⁷⁰ Il riferimento è alla Convenzione di Merida e alla Convenzione di Strasburgo, già analizzate in questa sede.

⁷¹ DI MARTINO, *op. cit.*, p. 661.

che la nozione onnicomprensiva del millantato credito giocata sull'ambiguità della locuzione sia stata adottata proprio per evitare un *vulnus* di tutela e per punire pure le condotte prodromiche alla corruzione, filtrate dalla metodica della vanteria per restar pur coerenti col dato normativo, qualora le sez.un. avessero ammesso l'asimmetria tra 346 e 346 bis avrebbero dovuto rinunciare a quote di sovranità punitiva con riferimento alle condotte ante riforma in cui non sia stata accertata alcuna esaltazione delle relazioni esistenti, bensì la commercializzazione del credito sia stata condotta in assenza di ogni asimmetria informativa e dunque in perfetta pariteticità tra "mediatore influente" e "privato compratore".

Detto altrimenti, la mancata ammissione che il 346-bis costituisca una nuova *incriminatio* regolamentata dall'art. 2 co. 1, garantisce una continuità punitiva per le fattispecie medio tempore innestatesi e realizza l'intento di stringente persecuzione dei reati contro la p.a., auspicata con la l. n. 190 del 2012, pur quando ciò costi chiudere un occhio sulla precisa simmetria tra le fattispecie penali in esame.

Pertanto «la continuità normativa tra vecchio millantato credito e traffico di influenze illecite deve esser parzialmente rivista»⁷². Possono infatti individuarsi ipotesi decisamente eterogenee tra loro per le quali va operato un dovuto distinguo.

Pacificamente può rinvenirsi una successione modificativa tra 346 e 346-bis nelle ipotesi in cui la condotta consumatasi ante riforma sia consistita nella esaltazione circa una relazione effettivamente esistente ove, sponsorizzatasi una mercificazione delle pubbliche funzioni grazie ad una vanteria oggettiva del credito, il destinatario-aspirante compratore si sia impegnato a pagare un prezzo per la mediazione oppure per la retribuzione finale al p.u. ingaggiato dall'intermediario.

Quindi con riferimento ai precedenti millantatori di influenze reali, oggi trafficanti *ex 346-bis*, va precisato che intanto si può parlare di continuità *ex art. 2 co. 4* in quanto l'interprete si sia sincerato che l'effettività delle relazioni non abbia costituito l'amo cui il compratore abbia abboccato *sic et simpliciter*, bensì essa fosse realmente spendibile nell'ipotesi in cui la dazione di denaro, a titolo di prezzo o remunerazione, avesse dato i suoi frutti nel verso di una compiuta, o quanto meno tentata, corruzione. Detto altrimenti, l'esistenza di una relazione reale non è perciò sintomatica di una concreta utilizzabilità della stessa, in quanto la conoscenza che il mediatore abbia del p.u. può pure esser superficiale e quindi non idonea ad esercitare una pressione consistente su costui⁷³, così come può ben essere che l'astratta effettiva influenzabilità del p.u. venga strumentalizzata per operare un inganno. E allora per queste ipotesi non può certamente trattarsi di indivi-

duare una continuazione col 346-bis che, punendo sia compratore che venditore d'influenza, pone costoro su un piano paritetico poiché ritiene che il compratore non sia certo vittima di un raggio.

Ulteriore precisazione va operata con riferimento all'importanza che il giudice, nell'applicare l'art. 2 co. 4, debba approfondire nell'accertare, con riferimento alle ipotesi medio tempore consumatesi, l'esistenza di un'effettiva vanteria del credito reale che costituisce l'imprescindibile viatico per applicare uno slittamento della fattispecie prima stigmatizzata nel 346 sotto la sanzione *ex 346-bis*.

È innegabile come questo accertamento circa l'esasperazione, vanteria e magnificazione del credito comporti un'indagine complessa e soprattutto difficile da provare, ma non si può prescindere da tale accertamento come in passato faceva la giurisprudenza che, eludendo l'indagine, considerava la vanteria sussistente in *re ipsa*, argomentando che non potesse non «ritenersi amplificata ovvero esagerata la facoltà di intrattenere rapporti con il pubblico ufficiale tutte le volte in cui essa venga riferita alla possibilità di determinazione l'azione pubblica per il tornaconto personale»⁷⁴.

Diversamente, nell'ipotesi in cui l'influenza che il mediatore sia in grado di esercitare sul p.u. sia reale ma non amplificata, allora non può non ammettersi la sussistenza di una *nuova incriminatio* rispetto al 346 c.p., tale da applicare l'art. 2 co. 1 c.p. Qualora non vi sia inganno né magnificazione d'influenza reale, che costituisce la peculiarità del 346 c.p. ma è invece assente nel 346-bis, colui che abbia compiuto tale condotta ante riforma deve considerarsi non punibile⁷⁵.

Non può infatti ritenersi sostenibile la critica avanzata da chi ritenga che già sotto la previsione del 346 c.p. potesse stigmatizzarsi pure la mercificazione *sic et simpliciter* di un'influenza esistente ma non esaltata o comunque vantata, perché, come detto nei paragrafi precedenti, ogni interpretazione che avesse dimenticato (già ante riforma) di focalizzare la condotta sul perno della vanteria era certamente esuberante i confini di una legalità disegnata dal legislatore col codice Rocco. La scelta di tutelare due beni giuridici diversi, ossia da un lato la vanteria che mina il prestigio, dall'altro il pericolo concreto di verifica di una successiva corruzione, trova coerenza anche nella scelta del legislatore di normativizzare il *trading influence* sotto due previsioni distinte, anziché unificare il fenomeno modificando il 346 e inserendo una punibilità pure per il compratore, tanto nelle ipotesi di vanteria quanto nelle ipotesi di credito reale⁷⁶.

Chiaramente pacifica in dottrina è l'ipotesi di *nuova incriminatio* con riferimento alle condotte espletate

⁷² Così MERENDA, *Traffico di influenze illecite*, op. cit., pag. 6.

⁷³ In questi termini VALENTINI, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁴ Così Cass. pen., sez VI, 7 maggio 1991, n. 187561.

⁷⁵ In tal senso BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma*, op. cit., p. 10; così pure MERENDA, *Traffico di influenze illecite*, op. cit., p. 10.

⁷⁶ Così MERENDA, *op. loc. ult. cit.*

dal compratore, che abbia promesso o dato un'utilità quale prezzo o remunerazione, sicché, con riguardo ai profili intertemporali, costui certamente risulta non punibile in virtù del principio di irretroattività della norma penale di sfavore *ex art. 2 co. 1. e art. 25 Cost.*

Incorre invece un fenomeno di *abolitio criminis*, regolamentato ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p., con riferimento alle ipotesi *medio tempore* di vanteria circa un credito esistente ma funzionale a concludere una corruttela per fomentare il p.u. alla produzione di un atto conforme ai propri doveri d'ufficio, in quanto, essendo stata espunta la corruzione impropria dal dettato normativo che punisce le sole influenze illecite funzionali «al compimento di atti contrari ai propri doveri d'ufficio», il legislatore mostra di non rinvenire offensività in un *trading influence* che, pur strumentalizzando rapporti esistenti, sia speso per l'asseveramento delle pubbliche funzioni e il compimento di atti dovuti o conformi all'attività prestata. Aldilà che, come già spiegato, la scelta del legislatore sia stata posta a protezionismo delle attività lobbistiche di intermediazione lecita, e condivisibile o meno che sia la scelta del legislatore, è un fatto che il millantamento del credito esistente prospettato allo scopo di corruzione impropria non può esser più punito, perché il dato normativo è fermo in tal senso.

La stessa conclusione dovrebbe pure prospettarsi per il millantato credito di relazioni esistenti mercificato per l'ottenimento di un'utilità non patrimoniale, che, stante l'esclusione di quest'ipotesi dal nuovo 346-bis, da la stura ai principi *ex art. 2 co. 1 c.p.*

Questo quadro così composito, che, a parere di chi scrive, costituisce il frutto della precisa sussunzione dei cardini della successione di leggi penali nel tempo quanto alle fattispecie di cui alla nostra attenzione, certamente palesa come non sempre verrebbero assicurate alla giustizia talune ipotesi comportamentali perfezionatesi ante riforma; e quindi, sottolinea oculata dottrina, il rischio sarebbe quello di andare «aldilà dei desiderata del legislatore»⁷⁷, timore che può esser superato soltanto a prezzo di un'interpretazione giurisprudenziale – quale quella adottata dalla recente Cassazione del 2014 sul tema – che più semplicisticamente ritenga sussistente un fenomeno di successione sempre e comunque modificativa *ex art. 2 co. 4⁷⁸*.

⁷⁷ Così MERENDA, *Traffico di influenze illecite*, op. cit., p. 12; allo stesso modo osserva BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Archivio penale*, 2013, p. 67 come la “formulazione e riformulazione delle fattispecie criminose [...] richiede un controllo in concreto sulle ricadute sistematiche dell'operazione, ben potendo un sistema stratificato e complesso come quello italiano reagire alle novità in modo non sempre corrispondente all'apparenza e ai desiderata dell'operatore”.

⁷⁸ Anche BALBI, *Sulle differenze*, op. cit., p. 21, conclude nel senso di ritenere che spesso l'orientamento dell'interprete si arroccia lì dove sembri possibile garantire la “conservazione dell'esistente”, e reca questa riflessione con riferimento ai problemi successivi attivati dall'introduzione dell'art. 319-*quater* rispetto all'art. 317 c.p.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 26 marzo 2015, (ud. 24 aprile 2015),
n. 17325.

Le Sezioni unite risolvono il conflitto di competenza sul luogo di consumazione dell'accesso abusivo a sistema informatico

Il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter c.p., è quello nel quale si trova il soggetto che effettua l'introduzione abusiva o vi si mantiene abusivamente.

* * *

La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni unite è la seguente: « Se, ai fini della determinazione della competenza per territorio, il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter c.p., sia quello in cui si trova il soggetto che si introduce nel sistema o, invece, quello nel quale è collocato il *server* che elabora e controlla le credenziali di autenticazione fornite dall'agente ».

Gli approdi ermeneutici hanno messo in luce due opposte soluzioni che si differenziano nel modo di intendere la **spazialità nei reati informatici**:

Per alcune, competente per territorio è il tribunale del luogo nel quale il soggetto si è connesso alla rete effettuando il collegamento abusivo;

Per altre, il tribunale del luogo ove è fisicamente allocata la banca-dati che costituisce l'oggetto della intrusione.

Prima di esaminare la questione controversa, i Giudici Ermellini, hanno ritenuto opportuno puntualizzare, la struttura della fattispecie dell'art. 615-ter c.p., iniziando dalla nozione di introduzione e trattenimento nel sistema.

La materia è già passata al vaglio delle Sezioni unite (sent. n. 4694 del 27 ottobre 2011, Casani, Rv. 25129) che hanno precisato come le condotte descritte dalla norma sono punite a titolo di dolo generico e consistono:

a) nello introdursi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza – da intendere come l'accesso alla conoscenza dei dati o informazioni contenute nello stesso – effettuato sia

da lontano (condotta tipica dello *hacker*), sia da vicino (cioè da persona che si trova a diretto contatto con lo elaboratore);

b) nel mantenersi nel sistema contro la volontà, espressa o tacita, di chi ha il diritto di esclusione, da intendere come il persistere nella già avvenuta introduzione, inizialmente autorizzata o casuale, violando le disposizioni, i limiti e i divieti posti dal titolare del sistema.

Per quanto concerne il **bene giuridico**, va ricordato che l'art. 615-ter c.p., è stato introdotto nel nostro ordinamento in esito alla **Raccomandazione del Consiglio di Europa del 1989** per assicurare una protezione all'ambiente informatico o telematico che contiene dati personali che devono rimanere riservati e conservati al riparo da ingerenze ed intrusioni altrui e rappresenta un luogo inviolabile, delimitato da confini virtuali, paragonabile allo spazio privato dove si svolgono le attività domestiche.

Per questo la fattispecie è stata inserita nella Sezione IV del Capo III del Titolo XII del Libro II del codice penale, dedicata ai delitti contro la **inviolabilità del domicilio**, che deve essere inteso come luogo, anche virtuale, dove l'individuo esplica liberamente la sua personalità in tutte le sue dimensioni e manifestazioni.

Hanno evidenziato le Sezioni unite che, con la previsione dell'art. 615-ter c.p., il legislatore ha assicurato la protezione del **domicilio informatico** quale spazio ideale in cui sono contenuti i dati informatici di pertinenza della persona ad esso estendendo la tutela della riservatezza della sfera individuale, quale bene costituzionalmente protetto; all'evidenza il parallelo con il **domicilio reale** – sulla cui falsariga è stata strutturata la norma – è imperfetto.

Poiché la fattispecie offre una tutela anticipata ad una pluralità di beni giuridici e di interessi eterogenei e non si limita a preservare solamente i contenuti personalissimi dei dati raccolti nei sistemi informatici protetti, ma ne offre una protezione da qualsiasi tipo di intrusione che possa avere anche ricadute economico-patrimoniali (Sez. 4, n. 3067 del 04 ottobre 1999, Piersanti, Rv. 214946), è condivisa l'opinione secondo la quale il delitto previsto dall'art. 615-ter c.p., è di **mera condotta** (ad eccezione per le ipotesi aggravate del comma 2, nn. 2 e 3) e si perfeziona con la violazione del domicilio informatico – e, quindi, con la

introduzione nel relativo sistema – senza la necessità che si verifichi una effettiva lesione del diritto alla riservatezza dei dati (Sez. 5, n. 11689 del 06 febbraio 2007, Cerbone, Rv. 236221).

La condotta illecita commessa in un ambiente informatico o telematico assume – ad avviso dei supremi Giudici – delle specifiche peculiarità per cui la tradizionale nozione – elaborata per una realtà fisica nella quale le conseguenze sono percepibili e verificabili con immediatezza – deve essere rivisitata e adeguata alla dimensione virtuale.

In altre parole, il concetto di azione penalmente rilevante subisce nella **realtà virtuale** una accentuata modificazione fino a sfumare in impulsi elettronici; l'input rivolto al computer da un atto umano consapevole e volontario si traduce in un trasferimento sotto forma di energie o bit della volontà dall'operatore all'elaboratore elettronico, il quale procede automaticamente alle operazioni di codificazione, di decodificazione, di trattamento, di trasmissione o di memorizzazione di informazioni.

L'azione telematica viene realizzata attraverso una connessione tra sistemi informatici distanti tra loro, cosicché gli effetti della condotta possono esplicarsi in un luogo diverso da quello in cui l'agente si trova; inoltre, l'operatore, sfruttando le reti di trasporto delle informazioni, è in grado di interagire contemporaneamente sia sul computer di partenza sia su quello di destinazione.

È stato notato che nel cyberspace i criteri tradizionali per collocare le condotte umane nel tempo e nello spazio entrano in crisi, in quanto viene in considerazione una dimensione **“smaterializzata”** (dei dati e delle informazioni raccolti e scambiati in un contesto virtuale senza contatto diretto o intervento fisico su di essi) ed una complessiva **“delocalizzazione”** delle risorse e dei contenuti (situabili in una sorte di meta-territorio).

Pertanto – segnalano i Giudici del Supremo Consesso – non è sempre agevole individuare con certezza una sfera spaziale suscettibile di tutela in un sistema telematico, che opera e si connette ad altri terminali mediante reti e protocolli di comunicazione.

Del resto, la dimensione **ateritoriale** si è incrementata da ultimo con la diffusione dei dispositivi mobili (*tablet, smartphone*, sistemi portatili) e del **cloud computing**, che permettono di memorizzare, elaborare e condividere informazioni su piattaforme delocalizzate dalle quali è possibile accedere da qualunque parte del globo.

Va comunque precisato che, se i dati oggetto di accesso abusivo sono archiviati su *cloud computing* o resi disponibili da server che sfruttano tali servizi, potrebbe risultare estremamente difficile individuare il luogo nel quale le informazioni sono collocate.

Le esposte osservazioni si rileveranno utili per risolvere la questione sottoposta alle Sezioni unite.

In estrema sintesi, si può rilevare che le due teorie contrapposte sul luogo del commesso reato si ancorano l'una (quella della Prima Sezione della Corte di cassazione) sul concetto classico di **fisicità del luogo** ove è collocato il server e l'altra (quella del Giudice rimettente) sul **funzionamento delocalizzato, all'interno della rete**, di più sistemi informatici e telematici.

Ora – pur non sminuendo le difficoltà di trasferire al caso concreto il criterio attributivo della competenza territoriale dell'art. 8 c.p.p., parametrato su spazi fisici e non virtuali – i Giudici di Piazza Cavour reputano sia preferibile la tesi del Giudice remittente, che privilegia le modalità di funzionamento dei sistemi informatici e telematici, piuttosto che il luogo ove è fisicamente collocato il *server*.

Ciò in quanto, l'abusiva introduzione in un sistema informatico o telematico – o il trattenimento contro la volontà di chi ha diritto di esclusione – sono le uniche condotte incriminate, e, per quanto rilevato, le relative nozioni non sono collegate ad una dimensione spaziale in senso tradizionale, ma a quella elettronica, trattandosi di sistemi informatici o telematici che archiviano e gestiscono informazioni ossia **entità immateriali**.

Tanto premesso, si rileva come la ricordata sentenza della Prima Sezione abbia ritenuto che l'oggetto della tutela concreta coincida con l'ambito informatico ove sono collocati i dati, cioè con il server posto in luogo noto.

Tale criterio di articolare la competenza in termini di fisicità, secondo gli abituali schemi concettuali del mondo materiale, non tiene conto del fatto che la nozione di collocazione spaziale o fisica è essenzialmente estranea alla circolazione dei dati in una rete di comunicazione telematica e alla loro contemporanea consultazione da più utenti spazialmente diffusi sul territorio.

È sulla scorta di tali osservazioni che non può essere condivisa, la tesi secondo la quale il reato di accesso abusivo si consuma nel luogo in cui è collocato il server che controlla le credenziali di autenticazione del client, in quanto, in ambito informatico, deve attribuirsi rilevanza, più che al luogo in cui materialmente si trova il sistema informatico, a quello da cui parte il dialogo elettronico tra i sistemi interconnessi e dove le informazioni vengono trattate dall'utente.

Va rilevato, infatti, come il sito ove sono archiviati i dati non sia decisivo e non esaurisca la complessità dei sistemi di trattamento e trasmissione delle informazioni, dal momento che nel cyberspazio (la rete internet) il flusso dei dati informatici si trova allo stesso tempo nella piena disponibilità di consultazione (e, in certi casi, di integrazione) di un numero indefinito di utenti abilitati, che sono posti in condizione di accedervi ovunque.

Non è allora esatto ritenere – segnala il Supremo Consesso – che i dati si trovino solo nel server, perché

nel reato in oggetto l'intera banca dati è “ubiquitaria” “circolare” o “diffusa” sul territorio, nonché contestualmente compresente e consultabile in condizioni di parità presso tutte le postazioni remote autorizzate all'accesso.

A dimostrazione della unicità del sistema telematico per il trattamento dei dati, basti considerare che la traccia delle operazioni compiute all'interno della rete e le informazioni relative agli accessi sono reperibili, in tutto o in parte, sia presso il server che presso il client.

Da un punto di vista tecnico-informatico, il sistema telematico deve considerarsi unitario, essendo coordinato da un software di gestione che presiede al funzionamento della rete, alla condivisione della banca dati, alla archiviazione delle informazioni, nonché alla distribuzione e all'invio dei dati ai singoli terminali interconnessi.

Consegue che è arbitrario effettuare una irragionevole scomposizione tra i singoli componenti dell'architettura di rete, separando i terminali periferici dal server centrale, dovendo tutto il sistema essere inteso come un complesso inscindibile nel quale le postazioni remote non costituiscono soltanto strumenti passivi di accesso o di interrogazione, ma essi stessi formano parte integrante di un complesso meccanismo, che è strutturato in modo da esaltare la funzione di immissione e di estrazione dei dati da parte del client.

I terminali, secondo la modulazione di profili di accesso e l'organizzazione della banca-dati, non si limitano soltanto ad accedere alle informazioni contenute nel data base, ma sono abilitati a immettere nuove informazioni o a modificare quelle preesistenti, con potenziale beneficio per tutti gli utenti della rete, che possono fruire di dati più aggiornati e completi per effetto dell'interazione di un maggior numero di operatori.

Alla luce di questa considerazione, sottolineano le Sezioni unite, va focalizzata la nozione di accesso in un sistema informatico, che non coincide con l'ingresso all'interno del server fisicamente collocato in un determinato luogo, ma con l'introduzione telematica o virtuale, che avviene instaurando un colloquio elettronico o circuitale con il sistema centrale e con tutti i terminali ad esso collegati.

L'accesso inizia con l'unica condotta umana di natura materiale, consistente nella digitazione da remoto delle credenziali di autenticazione da parte dell'utente, mentre tutti gli eventi successivi assumono i connotati di comportamenti comunicativi tra il client e il server.

L'ingresso o l'introduzione abusiva, allora, vengono ad essere integrati nel luogo in cui l'operatore materialmente digita la password di accesso o esegue la procedura di *login*, che determina il superamento delle misure di sicurezza apposte dal titolare del sistema, in tal modo realizzando l'accesso alla banca-dati.

Da tale impostazione, coerente con la realtà di una rete telematica, consegue che il luogo del commesso

reato si identifica con quello nel quale dalla postazione remota l'agente si interfaccia con l'intero sistema, digita le credenziali di autenticazione e preme il testo di avvio, ponendo così in essere l'unica azione materiale e volontaria che lo pone in condizione di entrare nel dominio delle informazioni che vengono visionate direttamente all'interno della postazione periferica.

Anche in tal senso rileva non il luogo in cui si trova il server, ma quello decentrato da cui l'operatore, a mezzo del client, interroga il sistema centrale che gli restituisce le informazioni richieste, che entrano nella sua disponibilità mediante un processo di visualizzazione sullo schermo, stampa o archiviazione su disco o altri supporti materiali.

Le descritte attività coincidono con le operazioni di “trattamento”, compiute sul client, che il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 4, lett. a), (codice della *privacy*) definisce come “qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati.

La condotta è già abusiva (secondo la clausola di anti-giuridicità speciale) nel momento in cui l'operatore non autorizzato accede al computer remoto e si fa riconoscere o autenticare manifestando, in tale modo, la sua volontà di introdursi illecitamente nel sistema con possibile violazione della integrità dei dati.

Deve precisarsi in ogni caso che, se il server non risponde o non valida le credenziali, il reato si fermerà alla soglia del **tentativo punibile**.

Nelle ipotesi, davvero scolastiche e residuali, nelle quali non è individuabile la postazione da cui agisce il client, per la mobilità degli utenti e per la flessibilità di uso dei dispositivi portatili, la competenza sarà fissata in base alle regole suppletive (art. 9 c.p.p.).

Il luogo in cui l'utente ha agito sul computer – che nella maggior parte dei casi, è quello in cui si reperiscono le prove del reato e la violazione è stata percepita dalla collettività – è consono al concetto di giudice naturale, radicato al *locus commissi delicti* di cui all'art. 25 Cost.

La Corte costituzionale, infatti, non ha mancato di sottolineare al riguardo (v. sentenza n. 168 del 2006) come il predicato della “naturalità” del giudice finisca per assumere nel processo penale “un carattere del tutto particolare, in ragione della fisiologica allocazione di quel processo nel *locus commissi delicti*”, giacché la “celebrazione di quel processo in quel luogo, risponde ad esigenze di indubbio rilievo, fra le quali, non ultima, va annoverata quella – più che tradizionale – per la quale il diritto e la giustizia devono riaffermarsi proprio nel luogo in cui sono stati violati”.

In tale cornice, se l'azione dell'uomo si è realizzata in un certo luogo – sia pure attraverso l'uso di uno strumento informatico e, dunque, per sua natura destinato a produrre flussi di dati privi di una loro “consistenza territoriale” – non v'è ragione alcuna per ritenere che quel “fatto”, qualificato dalla legge come reato, non si sia verificato proprio in quel luogo, così da consentire la individuazione di un giudice anche “naturalisticamente” (oltre che formalmente) competente.

Predicato, quello di cui si è detto, che, al contrario, non potrebbe ritenersi affatto soddisfatto ove si facesse leva sulla collocazione, del tutto casuale, del *server* del sistema violato.

Conclusivamente, il principio di diritto affermato è il seguente principio di diritto: «*Il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter c.p., è quello nel quale si trova il soggetto che effettua l'introduzione abusiva o vi si mantiene abusivamente*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 02 febbraio 2015, (ud. 18 dicembre 2014),
n. 4909

Il concomitante impegno professionale del difensore può costituire legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire

L'impegno professionale del difensore in altro procedimento costituisce legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire ai sensi dell'art. 420 ter c.p.p., comma 5, a condizione che il difensore prospetti l'impedimento appena conosciuta la contemporaneità dei diversi impegni, indichi specificamente le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della sua funzione nel diverso processo e rappresenti l'assenza in detto procedimento di altro condifensore che possa validamente difendere l'imputato, nonché l'impossibilità di avvalersi di un sostituto ai sensi dell'art. 102 c.p.p., sia nel processo a cui intende partecipare sia in quello di cui chiede il rinvio; con conseguente congelamento del termine fino ad un massimo di sessanta giorni dalla cessazione dell'impedimento stesso.

* * *

Il quesito di diritto cui le Sezioni unite devono dare risposta può così essere sintetizzato: « se, ai fini della sospensione del corso della prescrizione del reato, il contemporaneo impegno professionale del difensore in altro procedimento possa integrare un caso di “impedimento”, con conseguente congelamento del termine fino ad un massimo di sessanta giorni dalla sua cessazione».

Per un **primo orientamento** il concomitante impegno professionale del difensore, benché tutelato dall'ordinamento con il riconoscimento del diritto ai

rinvio dell'udienza, non costituirebbe un'ipotesi di impedimento legittimo e conseguente impossibilità assoluta a partecipare all'attività difensiva: non darebbe luogo, pertanto, ad un caso in cui trovano applicazione i limiti di durata della sospensione del corso della prescrizione previsti dall'art. 159 c.p., comma 1, n. 3, nel testo introdotto dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 6.

Tale principio, affermato da Sez. 1, n. 44609 del 14 ottobre 2008, Errante, Rv. 242042, è stato successivamente ribadito in termini del tutto adesivi da Sez. 2, n. 17344 del 29 marzo 2011, Ciarlante, Rv. 250076, nella quale si è precisato che a detta conclusione si deve giungere in considerazione dell'interpretazione del novellato art. 159 c.p., comma 1, n. 3, – quale elaborata dalla giurisprudenza di legittimità – per cui la sospensione del termine di prescrizione del reato a seguito della sospensione del processo è limitata al periodo di sessanta giorni, oltre al tempo dell'impedimento, esclusivamente nel caso in cui venga disposto il rinvio dell'udienza per impedimento di una delle parti o di uno dei difensori, ma non anche in caso di rinvio conseguente a richiesta dell'imputato o del suo difensore.

Va poi segnalata Sez. 1, n. 5956 del 11 febbraio 2009, Tortorella, Rv. 243374, che, seppure con riferimento alla diversa fattispecie relativa alla richiesta di rinvio motivata dall'adesione del difensore all'agitazione della categoria professionale, ha affermato il principio secondo il quale “la sospensione del termine di prescrizione, come conseguenza della sospensione del processo, è limitata al periodo di sessanta giorni, oltre al tempo dell'impedimento, nel caso di rinvio dell'udienza per impedimento di una delle parti o di uno dei difensori, ma non anche in caso di rinvio dell'udienza a seguito di richiesta dell'imputato o del suo difensore”.

Negli stessi termini si sono ancora espresse: Sez. 5, n. 33335 del 23 aprile 2008, Inserra, Rv. 241387; Sez. 3, n. 4071 del 28 gennaio 2008, Regine, Rv. 238544; Sez. 5, n. 44924 del 14 novembre 2007, Marras, Rv. 237914.

Richiamandosi a tali principi, le sentenze Errante e Ciarlante, sopra ricordate, concludono affermando esplicitamente che la disposizione di cui all'art. 159 c.p., comma 1, n. 3, non potrebbe trovare applicazione nel caso di rinvio dell'udienza a seguito di richiesta del difensore per contemporaneo impegno professionale, posto che, trattandosi di istanza comunque ricollegabile ad una scelta dello stesso difensore, per quanto legittima, non costituirebbe impedimento in senso tecnico non essendo espressione di una impossibilità assoluta e oggettivamente insuperabile a comparire.

Secondo la ricostruzione esegetica in esame, la fattispecie relativa al rinvio per concomitante impegno professionale del difensore dovrebbe dunque essere trattata conformemente a quella del rinvio per astensione collettiva dalle udienze, già risolta dalla giuri-

sprudenza di legittimità nel senso del riconoscimento al difensore di un diritto costituzionalmente tutelato il cui esercizio non è tuttavia configurabile quale impedimento legittimo, ed assoluta impossibilità a comparire in udienza, con la conseguenza che in tal caso non opera il limite temporale di 60 giorni di sospensione della prescrizione previsto dall'art. 159 c.p.

Ad avviso di un **secondo orientamento** pronunciato in termini diametralmente opposti, si afferma che anche il concomitante impegno professionale dei difensori può costituire il legittimo impedimento richiesto dalla norma, in tutti i casi in cui esso sia stato non soltanto comunicato tempestivamente, ma documentato anche in riferimento all'essenzialità e non sostituibilità della presenza del difensore in altro processo; in tal senso, *ex plurimis*: Sez. 3, n. 17218 del 03 marzo 2009, Giretti, n.m. sul punto; Sez. 3, n. 13766 del 06 marzo 2007, Medico, n.m.

Sicché, qualora ricorrano tali condizioni, il giudice del processo di cui si chiede il rinvio deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse difensivo e l'interesse pubblico all'immediata trattazione del procedimento (presenza di imminenti cause estintive, esaurimento dei termini di fase della custodia cautelare e situazioni analoghe).

Pertanto, secondo tale orientamento, qualora a seguito di siffatta rigorosa verifica il giudice accerti la sussistenza di idonei elementi in ordine alla indispensabilità della presenza del difensore nell'altro procedimento, si determinerebbe una "assoluta impossibilità a comparire", con conseguente applicazione del limite temporale di cui all'art. 159 c.p., comma 1, n. 3, ed impossibilità di tenere conto, ai fini del calcolo della sospensione del termine di prescrizione, del periodo eccedente quello fissato *ex lege*.

Detta soluzione ermeneutica è stata in epoca recente recepita da Sez. 4, n. 10926 del 18 dicembre 2013, La China, Rv. 258618, che ha affermato il principio secondo il quale "l'impedimento del difensore per contemporaneo impegno professionale, tutelato dall'ordinamento con il diritto al rinvio dell'udienza, costituisce un'ipotesi di impossibilità assoluta a partecipare all'attività difensiva, di talché l'udienza non può essere rinviata oltre il sessantesimo giorno e, ove ciò avvenga, la sospensione della prescrizione non può comunque avere durata maggiore, dovendosi applicare la disposizione di cui all'art. 159 c.p., comma 1, n. 3, nel testo introdotto dall'art. 6 della I. 5 dicembre 2005, n. 251".

Nel medesimo solco interpretativo si è posta Sez. 3, n. 37171 del 07 maggio 2014, Di Mauro, Rv. 260106 nonché altra recentissima sentenza, Sez. F, n. 46817 del 13 agosto 2014, Cipolla, Rv. 260550 la quale in particolare, ricorda gli obblighi di diligenza che gravano sul difensore – che gli impongono di dare preferenza alla posizione processuale che risulterebbe maggiormente pregiudicata dalla mancata trattazione

del giudizio – nonché le stesse disposizioni in materia di astensione collettiva dalle udienze che escludono la possibilità di astenersi proprio in presenza di alcune particolari tipologie di eventi procedurali di speciale importanza (si richiama sul punto l'art. 4 del codice di autoregolamentazione).

Così, anche l'impegno professionale può acquisire efficacia impeditiva assoluta allorché si accerti la presenza di circostanze che impongono al difensore di partecipare al diverso procedimento risultando solo in tal modo garantita l'effettività del diritto di difesa.

Le Sezioni unite a fronte dei contrapposti orientamenti hanno optato di aderire al secondo di quelli sopra illustrati.

Dal descritto panorama giurisprudenziale di legittimità, emerge chiaramente che, ai fini della soluzione della questione che in questa sede rileva, occorre individuare le differenze ravvisabili – con riferimento alla sfera volitiva del difensore interessato – tra la richiesta di rinvio del procedimento, per adesione all'astensione dalle udienze proclamata dalla categoria, e quella per un prospettato concomitante impegno professionale.

Militano a favore della tesi interpretativa a cui il Supremo Collegio ha aderito anche altre ragioni – di **ordine tecnico e sistematico, nonché di tenuta costituzionale**.

Sul punto, la Corte costituzionale era stata a suo tempo investita proprio del tema relativo ai possibili abusi cui poteva andare incontro la previsione che consentiva di far leva sul legittimo impedimento del difensore dovuto a concomitanti impegni professionali per ottenere rinvii del dibattimento, in tal modo generando il rischio di una paralisi processuale senza meccanismi di possibile sindacato da parte del giudice in ordine all'oggetto dell'impegno addotto dal difensore.

La Corte, nell'occasione, contestò la validità dell'assunto da cui muoveva il giudice rimettente, osservando che l'art. 486 c.p.p., comma 5, poi "trasferito" nell'art. 420-ter c.p.p., comma 5, ad opera della L. 16 dicembre 1999, n. 479, art. 19, non precludeva affatto al giudice di operare una valutazione comparativa tra le esigenze defensionali relative alla sede processuale in cui veniva richiesto il rinvio e quella che rappresentava la circostanza "impeditiva", aggiungendo che – contrariamente alla tesi del giudice *a quo* – doveva escludersi che tale valutazione potesse "essere ostacolata dalla mancanza di criteri e principi prefissati e selettivi, solo in presenza dei quali sarebbe consentito al giudice un giudizio di priorità".

Tale giudizio può difatti essere compiuto dal giudice – precisò la Corte Costituzionale "secondo i canoni di ragionevolezza in sede di esame comparativo delle situazioni messe a confronto, dovendosi anche tener conto che tali canoni andranno sempre più arricchirsi in conseguenza di una più prolungata pratica giurisprudenziale, in sede di applicazione concreta

della norma denunciata” (che da poco era entrata in vigore e costituiva una novità rispetto alla precedente disciplina processuale).

Il Giudice delle leggi, dunque, già a ridosso della entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, non ebbe difficoltà alcuna ad inquadrare l'ipotesi del concomitante impegno professionale del difensore tra i casi in cui – salvo l'accertamento dei relativi presupposti – il dibattimento doveva essere sospeso o rinviato per assoluta impossibilità di comparizione del difensore per legittimo impedimento. Anzi, a ben guardare, il riferimento al diverso regime che invece caratterizzava la disciplina prevista dal codice abrogato – sul punto del tutto silente – stava chiaramente a denotare come, nella prospettiva coltivata dalla Corte costituzionale, proprio l'impedimento professionale fosse la ipotesi paradigmaticamente evocata dai legislatori del codice, considerata la centralità del ruolo difensivo in un processo ispirato al modello accusatorio e nell'ambito del quale la difesa tecnica – anche per ciò che atteneva alla scelta dei riti alternativi – doveva essere assicurata in termini di reale effettività.

La sentenza Fogliani – cardine e fondamento giurisprudenziale sul quale si basa l'indirizzo interpretativo condiviso dai Giudici Ermellini aveva dunque sostanzialmente ripreso, e portato a completamento, la linea già tracciata dai giudici della Consulta, individuando in concreto i presupposti per poter assumere l'impegno professionale del difensore in altro processo come “legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire ai sensi dell'art. 486 c.p.p., comma 5” (oggi art. 420-ter c.p.p., comma 5), attraverso un'opera ricognitiva tesa ad enucleare proprio quei parametri di ragionevole bilanciamento fra i diversi impegni professionali, atti a far risaltare la sede processuale da privilegiare rispetto all'altra, sul piano delle concrete esigenze defensionali e, dunque, tale da legittimare gli effetti sospensivi del rinvio.

È bene precisare, affermano i Supremi Giudici – che certamente la mera concomitanza di altri impegni professionali non integra di per sé un legittimo impedimento, altrimenti si rimetterebbe effettivamente all'arbitrio del difensore quale dei due procedimenti privilegiare.

Come dianzi si è avuto modo di chiarire non si tratta di un fenomeno di mera “scelta” del difensore, rimessa alle individuali – e incontrollabili – strategie difensive, ma del ben diverso ambito in cui è chiamata ad operare una condizione “obiettiva” (come tale positivamente scrutinata dal giudice) di impossibilità assoluta di prestare la propria opera in una sede processuale, in quanto “compromessa” da un concomitante e (in quel momento) “prevalente” impegno difensivo.

Sulla scorta delle argomentazioni svolte le Sezioni unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «L'impegno professionale del difensore in altro procedimento costituisce legittimo impedimento che dà luogo ad

assoluta impossibilità a comparire ai sensi dell'art. 420-ter c.p.p., comma 5, a condizione che:

- 1) il difensore prospetti l'impedimento appena conosciuta la contemporaneità dei diversi impegni,
- 2) indichi specificamente le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della sua funzione nel diverso processo e rappresenti l'assenza in detto procedimento di altro condifensore che possa validamente difendere l'imputato, nonché l'impossibilità di avvalersi di un sostituto ai sensi dell'art. 102 c.p.p., sia nel processo a cui intende partecipare sia in quello di cui chiede il rinvio; con conseguente congelamento del termine fino ad un massimo di sessanta giorni dalla cessazione dell'impedimento stesso ».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza 28 maggio 2015, (ud. 26 febbraio 2015), n. 22471.

Stupefacenti: il trattamento sanzionatorio del reato continuato per fatti aventi ad oggetto droghe sia pesanti che leggere dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014

Per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. 9 settembre 1990, n. 309, l'aumento di pena calcolato a titolo di continuazione per i reati-satellite in relazione alle così dette “droghe leggere” deve essere oggetto di specifica rivalutazione da parte dei giudici di merito, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter della legge 21 febbraio 2006, n. 49 (di conversione del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272) e ha determinato, in merito, la reviviscenza della più favorevole disciplina anteriormente vigente.

La questione per la quale il ricorso è stato assegnato alle Sezioni unite può essere così riassunta: « Se l'aumento di pena irrogato a titolo di continuazione per i delitti previsti dal d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 in relazione alle “droghe leggere”, quando gli stessi costituiscono reati-satellite, debba essere oggetto di specifica rivalutazione, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, in conseguenza della reviviscenza della precedente disciplina, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 ».

Secondo le Sezioni unite occorre prima di porsi il problema della incidenza del *dictum* della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in tema di reato continuato, avente ad oggetto condotte relative, ad un tempo, a “droghe leggere” e “pesanti”, chiarire quali effetti debba avere la detta pronuncia del Giudice delle leggi sul più “semplice” caso in cui – al di fuori

della ipotesi *ex art. 81 cpv. c.p.* – condotte aventi ad oggetto (solo) “droghe leggere” siano state giudicate (e sanzionate) sotto la apparente vigenza dell’impianto normativo convenzionalmente denominato “Fini-Giovanardi”.

Come è noto (e come più volte ricordato nel corpo della presente sentenza), gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della legge “Fini-Giovanardi” sono stati dichiarati (con la sentenza n. 32 del 2014) costituzionalmente illegittimi per violazione dell’art. 77 Cost., comma 2, poiché il Giudice delle leggi ha riscontrato un “difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate, introdotte dalla legge di conversione”, che si presentano “diverse per materia e per finalità rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge in cui sono state inserite”.

In considerazione del carattere prettamente procedurale del vizio rilevato, la Corte Costituzionale ha ritenuto opportuno chiarire che la declaratoria di illegittimità costituzionale attiene ai due articoli nella loro interezza e non alle sole disposizioni relative all’impianto sanzionatorio e al sistema tabellare, che pure avevano costituito specifico oggetto della questione incidentale sollevata, a suo tempo dalla Corte di cassazione (cfr. ordinanza emessa in data 11 giugno 2013 dalla Terza Sezione penale) e conseguentemente ha precisato:

a) che “deve ritenersi che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione il d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate”; e ciò in quanto, in virtù della efficacia *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità, non si è validamente verificato alcun effetto abrogativo;

b) che nessuna incidenza sulle specifiche questioni sollevate può esplicitare il *jus superveniens* (il ricordato d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10), in quanto riguardante disposizioni già ritenute non applicabili nel giudizio a quo e, comunque, non influenti sullo specifico vizio procedurale lamentato dal giudice rimettente in ordine alla formazione della legge di conversione n. 49 del 2006, con riguardo a disposizioni differenti. Si tratta oltretutto, ha osservato la Corte, di modifica normativa successiva a quella censurata e indipendente da quest’ultima;

c) che, prevedendo l’originario testo dell’art. 73 un trattamento sanzionatorio meno severo per gli illeciti concernenti le cosiddette “droghe leggere” (trattamento ben distinto da quello riservato ai reati aventi ad oggetto le cosiddette “droghe pesanti”), compete al giudice ordinario impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della posizione giuridica degli imputati, “tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel

tempo *ex art. 2 c.p.*, che implica l’applicazione della norma penale più favorevole al reo”, con la conseguenza che “analogamente, rientra nei compiti del giudice comune individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate) e quali, invece, devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*, oggetto della presente decisione”.

Per i trattamenti sanzionatori (relativi a “**droghe leggere**”) eventualmente esorbitanti i limiti del testo unico nella sua originaria versione, non poteva esservi dubbio – alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 2014 – che essi fossero da considerare illegali.

Per quel che riguarda gli effetti della reviviscenza della precedente normativa in tema di stupefacenti, con riferimento alla necessità di rideterminare, in generale, il trattamento sanzionatorio, si può verificare come le Sezioni unite, risolvono la problematica attinente alla determinazione del trattamento sanzionatorio nel reato continuato, ricomprendente delitti aventi ad oggetto tanto “droghe pesanti”, quanto “droghe leggere”.

Si tratta, dunque, di stabilire se, in presenza di condanna per reato continuato, nei casi sopra indicati (avendo ovviamente le condotte inerenti “droghe leggere” assunto il ruolo di reati-satellite), si debba procedere a una rivalutazione del complessivo trattamento sanzionatorio, alla luce, appunto, della più favorevole cornice editale applicabile per tali ultime violazioni, a seguito della più volte ricordata sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, ovvero se, considerato l’effetto unificante del meccanismo sanzionatorio *ex art. 81 cpv c.p.*, a tanto non si debba procedere, dal momento che i singoli aumenti di pena si atteggiano come meri “incrementi sanzionatori” della individuata pena-base.

In merito a tale problematica, la giurisprudenza di legittimità ha adottato soluzioni contrastanti che, come evidenziato nell’ordinanza di remissione, possono essere ricondotte essenzialmente a **due filoni giurisprudenziali**, cui se ne può aggiungere **un terzo “intermedio”**.

Secondo un primo filone della Quarta Sezione, la reintroduzione, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, di un differenziato trattamento sanzionatorio tra “droghe leggere” e “pesanti” (trattamento – come è ovvio – più favorevole nel primo caso) comporta la illegalità della pena inflitta per il reato continuato, se la pena-base è stata determinata con riferimento a una condotta avente ad oggetto “droga pesante” e gli aumenti effettuati ai sensi del capoverso dell’art. 81 c.p., sono stati calcolati (anche) con riferimento a condotte aventi ad oggetto “droghe leggere”.

In tal senso, si sono espresse le sentenze, tutte facenti capo alla ricordata Quarta Sezione, n. 16245 del 12 marzo 14, Iori, Rv. 259364; n. 19267 del 02 aprile 2014, Festante, Rv. 259372; n. 22257 del 25 marzo 2014, Guernelli, Rv. 259203; n. 24606 del 12 marzo 2014, Rispoli, Rv. 259366; n. 25211 del 28 febbraio 2014, Pagano, Rv. 259361; n. 30475 del 17 giugno 2014, Libretti, Rv. 260631; n. 36244 del 27 maggio 2014, Di Benedetto, Rv. 260629; n. 43469 del 30 settembre 2014, Hafid, non mass.; n. 49664 del 21 ottobre 2014, Albanese, non mass.; n. 52671 del 06 novembre 2014, Donadi, non mass.

Per un **secondo filone**, avallato dalle Sezioni Sesta e Terza della Cassazione (cfr. Sez. 6, n. 12727 del 06 marzo 2014, Rubino, Rv. 258777; Sez. 6, n. 21608 del 25 marzo 2014, Mauti, Rv. 259698; Sez. 6, n. 25807 del 14 marzo 2014, Rizzo, Rv. 259201; Sez. 3, n. 27066 del 30 aprile 2014, Frattolino, Rv. 259392) per le quali la reviviscenza di un trattamento sanzionatorio meno afflittivo per i delitti in tema di stupefacenti aventi ad oggetto “droghe leggere” non comporta la riformulazione del trattamento sanzionatorio nel caso in cui i delitti di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, aventi ad oggetto tal tipo di stupefacenti, rivestano il ruolo di reati-satellite; e ciò proprio per le peculiari caratteristiche dell’istituto *ex artt. 81 cpv c.p.*. Invero, una volta individuata la violazione più grave, i “reati minori” perdono, come hanno più volte affermato le Sezioni unite, la loro autonomia sanzionatoria. Si giunge così alla applicazione di una pena unica ed onnicomprensiva, che deve essere calcolata semplicemente aumentando la pena individuata per il reato più grave con quelle che si ritengono adeguate per i reati-satellite, con riferimento ai quali non rilevano più i limiti legali della pena prevista per i singoli reati. In particolare, la sentenza n. 12727/2014 (Rubino), basandosi sul *dictum* di sez. un., n. 4901 del 27 marzo 1992, Cardarilli, Rv. 191129, e sez. un., n. 25939 del 28 febbraio 2013, Ciabotti, Rv. 255347 (oltre che di Sez. 1, n. 13003 del 10 marzo 2009, Licciardello, Rv. 243140), ribadisce, dichiaratamente in linea con gli appena ricordati arresti giurisprudenziali, che, una volta individuata la violazione più grave, i reati meno gravi perdono la loro autonomia sanzionatoria e il relativo trattamento sanzionatorio confluisce nella pena unica irrogata per tutti i reati concorrenti.

Da ciò consegue la “impermeabilità” del predetto trattamento sanzionatorio (proprio perché unitario ed omologante *ex art. 81 cpv c.p.*) alle modifiche normative, anche se scaturenti da dichiarazione di incostituzionalità della legge (apparentemente) vigente, al momento del giudizio, con riferimento ai reati da “droga leggera”.

In sintesi: la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale non ha – per questo filone giurisprudenziale – l’efficacia di “sciogliere” l’unitarietà dell’in-

cremento stabilito per la continuazione, il quale mantiene completa autonomia rispetto alla pena edittale per il delitto d.P.R. n. 309 del 1990, *ex art. 73* e rimane, così, insensibile alla vicenda costituzionale che ha riguardato tale ultima fattispecie.

Per un **terzo orientamento** (definito “**intermedio**”) – facente comunque capo, ancora una volta, alla Quarta Sezione – tutto centrato sulla valutazione della motivazione della sentenza impugnata (cfr. n. 21558 del 11 aprile 2014, Tosoni, Rv. 259751; n. 44791 del 11 luglio 2014, Colombo, Rv. 260639; n. 46825 del 21 ottobre 2014, Cammarata, Rv. 260910; n. 3154 del 15 ottobre 2014, Gallotta, non mass.; n. 2191 del 10 dicembre 2014, Zangaro, non mass.), per il quale la eventuale illegalità della pena conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità della equiparazione del trattamento sanzionatorio per le sostanze stupefacenti “pesanti” e “leggere”, va valutata con riferimento al caso concreto e dunque alla adeguatezza della giustificazione motivazionale in tema di pena. Si afferma infatti che, quando, tra i reati uniti in continuazione, sono comprese, quali violazioni satellite, fattispecie di detenzione e cessione di sostanze di cui alle tabelle 2 e 4 allegate al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, la pena irrogata prima del sopraggiungere della più favorevole disciplina, determinatasi per effetto della ricordata sentenza della Consulta, non è necessariamente illegale, quando, dal complesso della motivazione, sia possibile evincere l’inutilità della cassazione del provvedimento, non potendone derivare effetti utili all’imputato ricorrente.

In altri termini, per questo indirizzo intermedio, si ritiene, insomma, che, quando sia possibile evincere dalla giustificazione motivazionale esibita dal giudice di merito la marginalità della condotta riguardante le cosiddette “droghe leggere”, e la conseguente esiguità dell’aumento applicato dal giudice di merito per il reato-satellite, l’evidente giudizio già operato in merito alla minima gravità del fatto consentirebbe di escludere l’illegalità della pena, nel rispetto del principio di cui all’art. 2 c.p., anche in relazione alla più favorevole normativa sopravvenuta.

Tale essendo lo stato della giurisprudenza di legittimità, per affrontare *cognita causa* il problema demandato alle Sezioni unite, appare indispensabile aprire la riflessione facendo il punto sulle pronunzie che, in tema di reato continuato, le stesse Sezioni Unite hanno elaborato e ben compendiate nella recente sentenza delle medesime **Sezioni n. 25939 del 2013, Ciabotti**, già citata.

Invero, ribadito:

a) che nel reato continuato l’individuazione della violazione più grave, ai fini del computo della pena, deve essere effettuata con riguardo alla valutazione compiuta in astratto dal legislatore,

b) che sulla pena in concreto da infliggere per tale illecito, deve essere, poi, applicato l’aumento di pena

per la continuazione (da contenersi nel limite massimo del triplo della pena-base), la sentenza in questione afferma con decisione (ancora una volta) che i reati meno gravi perdono la loro autonomia sanzionatoria, in quanto il relativo trattamento sanzionatorio “confluisce” nella pena unica irrogata per tutti i reati concorrenti.

Dopo una lunga ed esaustiva analisi delle pronunzie a Sezioni unite in tema di reato continuato, utili alla soluzione della problematica sottoposta alle Sezioni unite, i Giudici del Supremo Consesso, chiariscono conclusivamente che lo scopo dell’istituto della continuazione (così come quello del concorso formale) è la mitigazione del trattamento sanzionatorio in ragione della ritenuta minore gravità della condotta e dell’elemento volitivo che la sorregge, in quanto l’agente risulta aver superato in un’unica occasione le contropunte (precettive e sanzionatorie) che l’ordinamento predispose a tutela di beni ritenuti meritevoli di protezione da parte del diritto penale.

Ma tale mitigazione non può che avere come termine di paragone la pena astrattamente prevista per i singoli reati. Una volta “stabilita”, ai sensi dell’art. 533 codice di rito, comma 2 la pena per ciascun reato-satellite, il giudice, considerata la unitarietà del disegno criminoso, procederà ai singoli incrementi sanzionatori (“determinando”, così, la pena, in osservanza delle norme sulla continuazione); come è ovvio, ogni reato-satellite “contribuirà” alla determinazione della “pena finale” in base al concreto valore ponderale che il giudicante intenderà – in concreto – attribuirgli, non potendo, tuttavia, il predetto giudicante trascurare la indicazione che – in astratto – gli ha fornito il legislatore con la apposizione dei termini edittali.

Nel senso sopra indicato, d’altra parte, sembra essersi anche orientata la Dottrina che si è specificamente occupata del problema.

Per essa il giudice non può esimersi dal considerare la pena irrogabile in rapporto alle violazioni “meno gravi”, quale ineludibile parametro della successiva, sincretica, ponderazione dell’entità dell’aumento da applicare sulla sanzione pertinente alla “violazione più grave”.

Invero, osservano i Giudici Ermellini, che questa appare la soluzione “suggerita” da vari indicatori normativi: *in primis*, lo stesso art. 81 c.p., che pone un limite massimo di estensione dell’aggravamento, coincidente con il cumulo delle singole sanzioni applicabili ai reati avvinti dal vincolo della continuazione.

D’altra parte, l’art. 533 c.p.p., comma 2, impone espressamente – come si è ampiamente osservato – di stabilire, prima, la pena per ciascun reato, per poi rivalutarla nel suo complesso, in caso di continuazione, secondo i canoni del cumulo giuridico.

Conseguentemente la pena astrattamente prevista dalle diverse norme incriminatrici deve necessariamente influire sul computo del complessivo tratta-

mento sanzionatorio *ex art.* 133 c.p., rispetto ad ogni singola violazione.

Dunque: il trattamento sanzionatorio astrattamente previsto dalle diverse norme incriminatrici incide “mediatamente” sulla pena complessivamente applicabile in caso di reato continuato, proponendosi quale non eliminabile parametro di un esercizio di ragionevolezza sanzionatoria da parte del giudicante, e – dunque – di uno specifico onere motivazionale.

In conseguenza delle argomentazioni sopra sviluppate dai Supremi Giudici, gli stessi a scioglimento del quesito posto dalla Sezione rimettente, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*Per i delitti previsti dal d.P.R. 9 settembre 1990, n. 309, art. 73, l’aumento di pena calcolato a titolo di continuazione per i reati-satellite in relazione alle così dette “droghe leggere” deve essere oggetto di specifica rivalutazione da parte dei giudici del merito, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la incostituzionalità della L. 21 febbraio 2006, n. 49, artt. 4-bis e 4-vicies ter (di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272) e ha determinato, in merito, la reviviscenza della più favorevole disciplina anteriormente vigente*».

Rassegna di legittimità

Difesa e difensori – in genere – Astensione dalle udienze proclamata dalla categoria – Adesione all'astensione di categoria del difensore della persona offesa o della parte civile – Diritto al rinvio dell'udienza – Condizioni – Fattispecie: udienze camerali a partecipazione non necessaria

La dichiarazione di astensione dalla partecipazione alle udienze, espressa dal difensore della persona offesa o della parte civile ai sensi dell'art. 3, secondo comma, del vigente codice di autoregolamentazione, non dà diritto al rinvio della trattazione del procedimento, qualora il difensore dell'imputato o dell'indagato non abbia espressamente o implicitamente manifestato analoga dichiarazione di astensione, così mostrando un proprio interesse ad una celere definizione del procedimento. (Principio affermato con riferimento ad un caso in cui l'astensione era stata dichiarata nell'ambito di una udienza fissata a seguito di opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione).

Cass., sez. un., sentenza 30 ottobre 2014, n. 15232 (dep. 14 aprile 2015) Rv. 263022
Pres. Santacroce, Est. Franco,
Imp. P.O. in proc. Tibo e altro,
P.M. Policastro (Conf.)
(Rigetta, G.I.P. Trib. Pistoia, 17 novembre 2011)

Difesa e difensori – In genere – Astensione dalle udienze proclamata dalla categoria – Udienze camerali – Diritto al rinvio dell'udienza camerale a seguito di rituale adesione all'astensione di categoria – Sussistenza – Trattazione del procedimento in assenza del difensore aderente all'astensione – Conseguenze – Nullità assoluta o a regime intermedio, in funzione della necessità o meno della partecipazione – Sussistenza

In tema di dichiarazione di adesione del difensore alla iniziativa dell'astensione dalla partecipazione alle udienze legittimamente proclamata dagli organismi rappresentativi della categoria, la mancata concessione da parte del giudice del rinvio della trattazione dell'udienza camerale in presenza di una dichiarazione effettuata o comunicata dal difensore nelle forme e nei termini previsti dall'art. 3, primo comma, del vigente codice di autoregolamentazione, determina una nullità per la mancata assistenza dell'imputato, ai sensi dell'art. 178, primo comma, lett. c), c.p.p., che ha natura assoluta ove si tratti di udienza

camerale a partecipazione necessaria del difensore, ovvero natura intermedia negli altri casi.

Cass., sez. un., sentenza 30 ottobre 2014, n. 15232 (dep. 14 aprile 2015) Rv. 263021

Pres. Santacroce, Est. Franco,

Imp. P.O. in proc. Tibo e altro, P.M. Policastro (Conf.)
(Rigetta, G.I.P. Trib. Pistoia, 17 novembre 2011)

Finanze e tributi – in genere – Art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000 – Occultamento o distruzione di fatture cd. "passive" – Reato – Configurabilità – Ragioni

In tema di reati tributari, anche l'occultamento o la distruzione di fatture ricevute da terzi (cd. fatture passive) integra il reato di cui all'art. 10 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, trattandosi di documenti che, oltre a rappresentare costi sostenuti e a incidere sulla ricostruzione dei redditi del destinatario di essi, sono comunque dimostrativi dell'esistenza di introiti a carico del soggetto emittente.

Cass., sez. 3, sentenza 16 gennaio 2015, n. 15236 (dep. 14 aprile 2015) Rv. 263050;
Pres. Teresi, Est. Andreazza, Imp. Chiarolla,
P.M. D'Ambrosio (Parz. Diff.)
(Annulla in parte senza rinvio, App. Bologna, 25 marzo 2014)

Finanze e tributi – Oli minerali – Reato ex art. 40 lett. f) d.lgs. n. 504 del 1995 – Consumazione – Momento – Individuazione

La data di consumazione del reato di detenzione di oli minerali denaturati in condizioni diverse da quelle prescritte per l'ammissione al trattamento agevolato, di cui all'art. 40 lett. f) d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, non coincide con quella dell'acquisto del prodotto, ma con quella della sua detenzione, così come constatata in sede di accertamento.

Cass., sez. 3, sentenza 16 novembre 2014, n. 15826 (dep. 16 aprile 2015) Rv. 263061
Pres. Teresi, Est. Grillo, Imp. Guerrieri,
P.M. Policastro (Conf.)
(Rigetta, App. Firenze, 04 ottobre 2013)

Impugnazioni – cassazione – in genere – Rescissione del giudicato – Mancata attivazione dell'imputato per mantenere contatti con il difensore di fiducia – Presupposto dell'incolpevole mancata conoscen-

za della celebrazione del processo - Sussistenza - Esclusione

In tema di rescissione di giudicato, sussiste colpa evidente, nella mancata conoscenza della celebrazione del processo preclusiva del ricorso al rimedio previsto dall'art. 625-ter c.p.p., quando la persona sottoposta alle indagini, o imputata, dopo aver nominato un difensore di fiducia in un procedimento penale, non si attiva autonomamente per mantenere con lo stesso i contatti periodici essenziali per la conoscenza dello sviluppo di tale procedimento.

Cass., sez. 6, ordinanza 1 aprile 2015, n. 15932 (dep. 16 aprile 2015) Rv. 263084
Pres. Ippolito, Est. Citterio, Imp. Della Nave, P.M. Aniello (Conf.)
(Dichiara inammissibile la richiesta, App. Lecce, 04 dicembre 2013)

Indagini preliminari - Attività della polizia giudiziaria - Accertamenti urgenti su luoghi, cose e persone - Prelievo di campione di olio minerale denaturato - Sussumibilità nelle attività di accertamenti e rilievi urgenti - Sussistenza - Rispetto della procedura prevista dall'art. 360 c.p.p. - Necessità - Esclusione - Ragioni - Fattispecie

Il prelievo di un campione di olio minerale denaturato rientra nella previsione dell'art. 354 c.p.p., risolvendosi in un'attività materiale che non postula il rispetto delle formalità prescritte dall'art. 360 dello stesso codice, sia perché non richiede alcuna discrezionalità o preparazione tecnica per il suo compimento, sia perché attiene ad un oggetto la cui intrinseca consistenza è suscettibile di verifica in ogni momento. (Fattispecie relativa al reato di cui all'art. 40 d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504).

Cass., sez. 3, sentenza 16 novembre 2014, n. 15826 (dep. 16 aprile 2015) Rv. 263059
Pres. Teresi, Est. Grillo, Imp. Guerrieri, P.M. Policastro (Conf.)
(Rigetia, App. Firenze, 04 ottobre 2013)

Misure cautelari - In genere - Divieto di custodia cautelare in carcere ex art. 275, comma quarto, c.p.p. - Applicabilità ai reati di cui all'art. 275, comma terzo, c.p.p. - Sussistenza - Conseguenze - Fattispecie

La presunzione di cui all'art. 275, comma quarto, c.p.p., che esclude l'applicabilità della custodia in carcere nei confronti di chi ha superato l'età di settanta anni, prevale su quella di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere di cui all'art. 275, comma terzo, c.p.p., sicché, anche in tali casi, il mantenimento dello stato di custodia carceraria di ultrasettantenne presuppone la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto insufficiente, ai fini della dimostrazione dell'esistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza non altrimenti fronteggiabili, la semplice indica-

zione del ruolo di rilievo svolto dall'indagato all'interno di un'associazione di tipo mafioso).

Cass., sez. 1, sentenza 19 marzo 2015, n. 15911 (dep. 16 aprile 2015) Rv. 263088
Pres. Cortese, Est. Caiazzo, Imp. Caporrimo, P.M. Gaeta (Conf.)
(Annulla con rinvio, Trib. lib. Palermo, 20 ottobre 2014)

Misure cautelari - Reali - Impugnazioni - Riesame - Richiesta - In genere - Sequestro preventivo - Beni intestati a persona giuridica - Richiesta di riesame - Legittimazione del rappresentante non formale della società - Esclusione - Ragioni

Non è legittimato a proporre richiesta di riesame avverso il provvedimento di sequestro preventivo dei beni di una società l'indagato che sia socio unico di questa, ma non ne abbia - o non ne abbia più - la rappresentanza formale, poiché non è configurabile una rappresentanza di fatto dell'ente, autonomamente attributiva della legittimazione ad agire per conto di esso.

Cass., sez. 6, sentenza 8 aprile 2015, n. 15933 (dep. 16 aprile 2015) Rv. 263085
Pres. Paoloni, Est. Citterio, Imp. Piccoli, P.M. Aniello (Parz. Diff.)
(Dichiara inammissibile, Trib. lib. Benevento, 06 novembre 2014)

Persona giuridica - società - in genere - Responsabilità da reato degli enti - Sanzioni - Confisca del profitto del reato presupposto - Nozione di profitto - Individuazione - Fattispecie

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto confiscabile di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001 non può essere calcolato al netto dei costi sostenuti per ottenerlo o altrimenti determinato facendo ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico, quali il "profitto lordo" o il "profitto netto", ma si identifica con il concreto vantaggio conseguito dalla commissione del reato presupposto. (Fattispecie in cui la Corte ha individuato il profitto derivante dalla commercializzazione di prodotti agroalimentari come "biologici", invece che come "convenzionali", in misura corrispondente alla differenza tra il prezzo effettivamente ottenuto e quello che sarebbe stato conseguito se i prodotti fossero stati venduti come "convenzionali").

Cass., sez. 3, sentenza 11 novembre 2014, n. 15249 (dep. 14 aprile 2015) Rv. 263042
Pres. Fiale, Est. Aceto, Imp. P.M. in proc. F.A. ZOO MANGIMI Srl., P.M. Mazzotta (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. lib. Pesaro, 19 febbraio 2014)

Reati contro l'amministrazione della giustizia - Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie - Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice - In genere - Ipotesi delittuosa prevista

dall'art. 388, comma sesto, c.p. – Omessa o falsa dichiarazione relativa ad un credito contestato – Reato – Configurabilità

Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 388, comma sesto, c.p., che sanziona la condotta del debitore il quale, invitato dall'ufficiale giudiziario a indicare le cose o i crediti pignorabili, omette di rispondere nel termine di quindici giorni o effettua una falsa dichiarazione, è sufficiente anche l'omessa o falsa dichiarazione relativa ad un credito contestato.

Cass., sez. 6, sentenza 1 aprile 2015, n. 15915
(dep. 16 aprile 2015) Rv. 263081
Pres. Ippolito, Est. De Amicis, Imp. Breda,
P.M. Aniello (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Genova,
12 dicembre 2013)

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – Violazione di domicilio – In genere – Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico – Condotte sanzionate – Accesso o mantenimento contro la volontà dell'avente diritto – Luogo di consumazione del reato – Individuazione – Criteri – Fondamento

In tema di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, il luogo di consumazione del delitto di cui all'art. 615-ter c.p. coincide con quello in cui si trova l'utente che, tramite elaboratore elettronico o altro dispositivo per il trattamento automatico dei dati, digitando la "parola chiave" o altrimenti eseguendo la procedura di autenticazione, supera le misure di sicurezza apposte dal titolare per selezionare gli accessi e per tutelare la banca-dati memorizzata all'interno del sistema centrale ovvero vi si mantiene eccedendo i limiti dell'autorizzazione ricevuta. (In motivazione la Corte ha specificato che il sistema telematico per il trattamento dei dati condivisi tra più postazioni è unitario e, per la sua capacità di rendere disponibili le informazioni in condizioni di parità a tutti gli utenti abilitati, assume rilevanza il luogo di ubicazione della postazione remota dalla quale avviene l'accesso e non invece il luogo in cui si trova l'elaboratore centrale).

Cass., sez. un., sentenza 26 marzo 2015, n. 17325
(dep. 24 aprile 2015) Rv. 263020
Pres. Santacroce, Est. Squassoni,
Imp. Confl. comp. in proc. Rocco, P.M. Destro (Conf.)
(Dichiara competenza)

Reati contro l'ordine pubblico – delitti – associazione per delinquere – in genere – Associazione di tipo mafioso – Attività di recapito all'esterno di messaggi di esponente apicale detenuto – Integrazione di condotta di partecipazione – Sussistenza – Ragioni

Integra la condotta di partecipazione ad associazione per delinquere di stampo mafioso l'assolvimento del compito di recapitare all'esterno del carcere messaggi contenenti ordini e direttive di un esponente apicale dell'organizzazione criminale detenuto, così rendendo funzio-

nale una rete di ausilio e di comunicazione tra costui ed i sodali in libertà.

Cass., sez. 6, sentenza 17 marzo 2015, n. 15664
(dep. 15 aprile 2015) Rv. 263080
Pres. Conti, Est. De Amicis, Imp. Forte,
P.M. Canevelli (Diff.)
(Rigetia, Trib. lib. Reggio Calabria, 22 agosto 2014)

Stupefacenti – in genere – Attività di cosiddetto piccolo spaccio – Reato di lieve entità – Configurabilità – Condizioni

In tema di reati concernenti gli stupefacenti, la fattispecie autonoma di cui al comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 è configurabile nelle ipotesi di cosiddetto piccolo spaccio, che si caratterizza per una complessiva minore portata dell'attività dello spacciatore e dei suoi eventuali complici, con una ridotta circolazione di merce e di denaro nonché di guadagni limitati e che ricomprende anche la detenzione di una provvista per la vendita che, comunque, non sia superiore - tenendo conto del valore e della tipologia della sostanza stupefacente - a dosi conteggiate a "decine".

Cass., sez. 6, sentenza 27 gennaio 2015, n. 15642
(dep. 15 aprile 2015) Rv. 263068
Pres. Ippolito, Est. Di Stefano, Imp. Driouech,
P.M. Viola (Conf.)
(Annulla con rinvio, App. L'Aquila, 17 aprile 2014)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Associazione per delinquere: aggravante di cui all'art. 7 l. 203/91 – Modalità della condotta

(art. 416 c.p.)

Affinché si possa dire che l'autore di un delitto si sia avvalso delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., e cioè della forza di intimidazione che hanno sul territorio le associazioni di stampo camorristico e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano, è necessario che egli abbia lasciato intendere, almeno velatamente, di essere emissario di organizzazioni criminali operanti nella zona, o è comunque necessario che le condotte siano state poste in essere con modalità tipiche ed esclusive delle organizzazioni di stampo camorristico, cosicché la vittima le abbia inevitabilmente ricondotte a tale tipologia di organizzazioni. Solo a queste condizioni, infatti, si può affermare che l'autore del reato si sia avvalso della forza di intimidazione che hanno sul territorio le associazioni di stampo camorristico e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva.

Corte di Appello Napoli, sez. III
sentenza 31 marzo 2015, n. 7605
Pres. Est. Rizzi Ulmo

Atti sessuali: condotta vietata

(art. 609-bis c.p.)

Nella nozione di atti sessuali di cui all'art. 609 bis c.p. si devono includere non solo gli atti che involgono la sfera genitale, bensì tutti quelli che riguardano le zone erogene su persona non consenziente. È infatti, pacifico che la condotta vietata dall'art. 609-bis c.p. ricomprende qualsiasi comportamento (addirittura anche se non esplicito attraverso il contatto fisico diretto con il soggetto passivo) che sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo il bene primario della libertà dell'individuo attraverso il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente. Invero, il riferimento al sesso non deve limitarsi alle zone genitali, ma comprende anche quelle ritenute dalla scienza non solo medica, ma anche psicologica e sociologica, erogene. Le molestie che interessano parti del corpo schiena e sedere intimamente connesse con l'area della sessualità, sono riconducibili alla nozione di cui all'art. 609-bis c.p.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 26 gennaio 2015, n. 242
Pres. Minauro, Est. Perpetua

Atti sessuali con minorenni: elementi costitutivi – Condotta punibile

(art. 609-quater c.p.)

Il delitto in esame punisce chiunque compia atti sessuali con persona infraquattordicenne anche se consenziente, senza che assumano rilievo la concreta lesione della libertà sessuale della vittima ed il suo successivo corretto sviluppo psico-fisico.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 27 gennaio 2015, n. 278
Pres. Imperato, Est. Carbone

Corruzione di minorenni: presupposti

(art. 609-quinquies c.p.p.)

Per la configurabilità del suddetto reato è necessario che gli atti sessuali siano compiuti in presenza di persona minore di quattordici anni ed al fine di farla assistere. Sussiste dunque il reato nel caso in cui un soggetto si masturbi ripetutamente al cospetto di una minore di quattordici anni, traendo verosimilmente piacere dalla presenza della stessa.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 26 gennaio 2015, n. 242
Pres. Minauro, Est. Perpetua

Estorsione: aggravante delle più persone riunite – Caratteristiche

(art. 629 c. 2, 628 c. 3 n. 1 c.p.p.)

Per integrare l'aggravante speciale delle più persone riunite nel delitto di estorsione è necessaria la contemporanea presenza delle più persone nel luogo ed al momento in cui si esercita la violenza o la minaccia. Con la conseguenza che "non sarà ravvisabile l'aggravante in questione quando le minacce o le violenze nei confronti della persona offesa siano poste in essere da diversi coimputati non contestualmente, ma da soli in momenti successivi. (cfr. Sezioni unite della Suprema Corte, sentenza n. 21837 del 29.3.2012)

Corte di Appello Napoli, sez. III
sentenza 31 marzo 2015, n. 7605
Pres. Est. Rizzi Ulmo

Estorsione:violenza o minaccia posta in essere da soggetto condannato per il reato di cui all'art. 416-bis c.p. – Aggravante – Criteri e presupposti

(art. 629 c.p. - 628 c. 3 n. 3 c.p.)

L'art. 628 comma 3 n° 3 c.p. non si limita a richiedere che la violenza o la minaccia siano poste in essere da un soggetto che sia stato condannato per il reato ex art. 416-bis c.p. richiede, invece, che la violenza o la minaccia siano poste in essere da un soggetto che fa parte dell'associazione di cui all'art. 416-bis c.p. Appare pertanto evidente che, ai fini della sussistenza dell'aggravante in esame, così come da un lato, per giurisprudenza pacifica, non è necessario che via sia stata una sentenza di condanna o una formale imputazione in ordine al reato di cui all'art. 416-bis c.p. purché sia accertata l'appartenenza dell'agente ad un'associazione di tipo mafioso (cfr., ad esempio, Cass., sez. 1, n. 6533 del 01/02/2012), dall'altro lato non basta acquisire il dato che il soggetto agente, in un qualsiasi momento della sua esistenza, sia stato condannato per il reato ex art. 416-bis c.p., essendo invece necessario dimostrare che egli sia partecipe di un'associazione ex art. 416-bis c.p. nel momento in cui pone in essere la violenza o la minaccia integrativa del delitto di estorsione (o di rapina).

Corte di Appello Napoli, sez. III
sentenza 31 marzo 2015, n. 7605
Pres. Est. Rizzi Ulmo

Estorsione – Rapina: differenze

(art. 629 - 628 c.p.)

Il delitto di rapina si differenzia dall'estorsione in virtù del fatto che in essa il reo sottrae la cosa esercitando sulla vittima una violenza o una minaccia diretta ed ineludibile, mentre nell'estorsione la coartazione non determina il totale annullamento della capacità del soggetto passivo di determinarsi diversamente.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 16 aprile 2015, n. 1175
Est. Di Iorio, Est. Cervo

Istigazione alla corruzione: presupposti

(art. 322 c.p.)

Ai fini della integrazione del reato è sufficiente la semplice offerta o promessa, purché sia caratterizzata da adeguata serietà e sia in grado di turbare psicologicamente il p.u., sì che sorga il pericolo che lo stesso accetti l'offerta o la promessa. La serietà dell'offerta deve essere necessariamente correlata al tipo di controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del p.u., nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si è verificato.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 23 marzo 2015, n. 915
Pres. Minauro, Est. Carbone

Invasione suolo pubblico: condotta penalmente sanzionata elementi costitutivi

(art. 633 - 639 c.p.)

Invero, il reato di cui agli artt. 633-639-bis c.p. sanziona la condotta del soggetto che "invada" arbitrariamente, in assenza di autorizzazioni e non necessaria-

mente con violenza o con forza fisica, terreni o edifici altrui (elemento oggettivo), allo scopo di esercitare su di essi una signoria di fatto. Quanto all'elemento psicologico, la norma richiede il dolo specifico, ovvero sia il fine di trarne profitto e la consapevolezza di occupare arbitrariamente e non momentaneamente l'immobile contro la volontà del proprietario o legittimo possessore, di altro soggetto legittimato (cfr. Cass. sez. 2 n. 44902 del 30/10/2008 "Il dolo specifico del delitto di invasione di terreni o edifici si compone, oltre che della consapevolezza dell'illegittimità dell'invasione dell'altrui bene, della finalità di occupazione o di trarne altrimenti profitto). E' orientamento giurisprudenziale consolidato che il reato di invasione di terreni o edifici è integrato soltanto dalla turbativa del possesso che realizzi un apprezzabile depauperamento delle facoltà di godimento del terreno o dell'edificio da parte del titolare dello "ius excludendi", secondo quella che è la destinazione economico-sociale del bene o quella specifica ad essa impressa dal "dominus" (Cass. Sez. 2 n. 31811 del 08/05/2012). Infatti, è necessario che il bene immobile altrui sia in qualche modo e per qualche tempo assoggettato ad un potere di fatto del soggetto agente sicché il delitto non è integrato dalla condotta di chi si introduca precariamente nel fondo altrui (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19079 del 03/05/2011). In altri termini, la permanenza sull'altrui bene immobile deve protrarsi nel tempo per una durata apprezzabile, ancorché non sia necessario che l'agente rimanga stabilmente su di essi, purché la condotta risulti effettivamente rivolta all'occupazione dell'immobile ovvero a trarne in altro modo profitto (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11544 del 08/02/2011).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Occupazione suolo pubblico: installazione gazebo in maniera permanente all'esterno di locale bar – Sussistenza

(art. 633 - 639 c.p.)

Integra il reato di occupazione abusiva del suolo pubblico l'installazione di gazebo abusivo, realizzato una condotta oggettivamente e soggettivamente finalizzata ad esercitare un potere di fatto sull'area di proprietà comunale. Sussiste, infatti, sia la materiale occupazione del suolo per un periodo di tempo apprezzabile, con la finalità di trarne un proprio profitto, utilizzando stabilmente l'area come prosecuzione della propria attività commerciale, per una migliore accoglienza dei propri clienti, e con il corrispettivo depauperamento della facoltà di godimento del bene da parte titolare dello iusexcludendi, secondo quella che è la destinazione economico-sociale del bene, sia la consapevolezza di occupare arbitrariamente il suolo contro la volontà del Comune proprietario.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Riciclaggio: manomissione numero di telaio - Sussistenza

(art. 648-bis c.p.)

Integra il delitto di riciclaggio la condotta del soggetto che manometta il numero di telaio di un'autovettura di provenienza delittuosa ovvero alteri detto numero sulla carta di circolazione, poiché entrambe le operazioni mirano ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa della res.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 30 aprile 2015, n. 1356
Pres. Imparato, Est. Perpetua

Violazione di sigilli: sottoscrizione verbale da parte del custode - Necessità - Esclusione

(art. 349 c.p.)

In tema di violazione di sigilli, la sottoscrizione del verbale di sequestro da parte del custode, non è richiesta come elemento necessario per l'assunzione della qualifica, essendo il provvedimento di nomina un munus pubblico obbligatorio che non può essere rifiutato (cfr. sul punto Cass. Sez., III 28/4/2003 10/07/2008). Non è necessario neppure che il custode sia stato reso edotto dagli operanti, degli obblighi derivanti dalla nomina di custode dell'opera abusiva (cfr. Cass. III 5/3/2012 n. 8550).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Violenza sessuale: elemento soggettivo - Caratteristiche

(art. 609 c.p.)

La violenza richiesta dalla norma di cui all'art. 609-bis c.p., lungi dal configurarsi unicamente nell'ipotesi di assoluta coartazione del soggetto passivo - posto nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, in quanto fisicamente costretto a compiere o a subire atti sessuali - può manifestarsi anche nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa che consente di superare la contraria volontà del soggetto passivo. In particolare, come precisato dalla S.C. in tema di violenza sessuale, l'elemento oggettivo consiste sia nella violenza fisica in senso stretto, sia nella intimidazione psicologica che sia in grado di provocare la coartazione della vittima a subire gli atti sessuali, sia anche nel compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevedendone la manifestazione di dissenso.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 26 gennaio 2015, n. 242
Pres. Minauro, Est. Perpetua

Violenza sessuale: attenuante di minore gravità

(art. 609-bis co. 3 c.p.)

La diminuzione in parola deve ritenersi applicabile a tutte quelle fattispecie in cui - avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione - sia possibile ritenere che la libertà sessuale della perso-

na della vittima sia stata compromessa in maniera non grave. La diminuzione in parola è applicabile, secondo il dettato normativo, nei casi di minore gravità, sicché appare condivisibile quella decisione della Suprema Corte secondo cui il riferimento dell'art. 609-bis cp. C. 3 non a fatti ma a casi non implica la necessità di prendere in considerazione anche la capacità a delinquere del soggetto, ma si giustifica in quanto impone al giudice di tenere conto di tutte le caratteristiche della condotta nonché del contesto in cui essa è attuata. Uno degli elementi maggiormente indicativi della minore lesività in concreto dei fatti di violenza sessuale viene individuata dalla S.C. nel grado di coartazione esercitati sulla vittima in correlazione all'entità della compressione della sua libertà sessuale. Può considerarsi di minore gravità la condotta, ancorché riprovevole, concretizzatasi in un'intrusione nell'altrui sfera sessuale realizzata con modalità (toccamenti del tipo carezze) tali da non comprimere sensibilmente la libertà individuale della vittima, comportando una minore lesività in concreto del bene interesse tutelato dalla norma di cui all'art. 609-bis cp.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 26 gennaio 2015, n. 242
Pres. Minauro, Est. Perpetua

Violenza sessuale: bacio sulla bocca - Atto sessuale - Sussistenza.

(art. 609-bis c.p.)

Ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, va qualificato come atto sessuale anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l'atto risulti privo di valenza erotica, come ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 27 gennaio 2015, n. 278
Pres. Imparato, Est. Carbone

Violenza sessuale: attenuante dei casi di minore gravità

(art. 609-quater c. 4 c.p.)

In tema di atti sessuali con minorenni, l'attenuante speciale prevista dall'art. 609-quater c.p. c. 4, non può essere esclusa sulla scorta della valutazione dei medesimi elementi costitutivi della fattispecie criminosa (età della vittima e atto sessuale) essendo invece necessario considerare tutte le caratteristiche oggettive e soggettive del fatto che possono incidere in termini di minore lesività rispetto al bene giuridico tutelato.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 27 gennaio 2015, n. 278
Pres. Imparato, Est. Carbone

CODICE PROCEDURA PENALE

Appello: eliminazione di circostanza aggravanti non richiesta con i motivi di appello – Potere di ufficio della Corte – Esclusione

(art. 597 c. 5 c.p.p.)

Ai sensi dell'art. 597 comma 5 c.p.p., il giudice di appello può d'ufficio riconoscere eventuali circostanze attenuanti, ma non può d'ufficio escludere circostanze aggravanti. Né, la richiesta di esclusione di un'aggravante la si può considerare ricompresa nella generale richiesta di riduzione della pena inflitta. Tale tesi contrasta infatti con il principio, sancito dagli artt. 581 lettera c) e 591 comma 1 lettera c) c.p.p., della necessaria specificità dei motivi di appello, che devono essere caratterizzati da un'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.

Corte di Appello Napoli, sez. III
sentenza 31 marzo 2015, n. 7605
Pres. Est. Rizzi Ulmo

Dibattimento: dichiarazioni rese da persona divenuta irreperibile – Utilizzabilità – Limiti e conseguenze

(art. 500 c.p.p.)

Le sez.un. hanno avuto modo di affermare che il divieto di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, non è necessariamente connesso alla dimostrazione una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, essendo invece sufficiente – in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) – una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che inducano ad escludere che tale assenza non sia frutto di libera determinazione. In tale pronuncia si è in particolare messo in risalto la circostanza che, alla luce della giurisprudenza della CEDU in tema di giusto processo, l'acquisizione come prova di dichiarazioni assunte senza contraddittorio non risulta di per sé in contrasto con l'art. 6 CEDU, ma sussistono precisi limiti alla loro utilizzazione probatoria, al fine di impedire che l'imputato possa essere condannato sulla base esclusiva o determinante di esse. Pertanto, l'ammissibilità di una prova testimoniale unilateralmente assunta dall'accusa può risultare conforme al dettato del citato art. 6, ma affinché il processo possa dirsi equo nel suo insieme in base ad una lettura congiunta dell'art. 6, c. 1 e 3 lett. d), una condanna non deve fondarsi esclusivamente o in maniera determinante su prove acquisite nella fase delle indagini e sottratte alla verifica del contraddittorio, anche se differito. Il principio affermato dalla giurisprudenza europea è dunque che «i diritti della difesa sono limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si basa, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il

dibattimento», e ciò anche quando il confronto è divenuto impossibile per morte del dichiarante o per le sue gravi condizioni di salute, ovvero quando l'irreperibilità del dichiarante sia giuridicamente giustificata da un diritto di costui al silenzio, come nel caso di coimputati o di imputati di reato connesso. In sostanza dall'art. 6 della CEDU, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto, che prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo.

Tribunale Nola, coll B)
sentenza 1 aprile 2015, n. 1034
Pres. Critelli, Est. Di Petti

Termini di custodia cautelare: astensione dalle udienze – Sospensione – Ambito di applicazione – Limiti

(art. 304 c.p.p.)

In tema di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, verificandosi l'ipotesi di cui all'art. 304 cod. proc. pen., comma primo, lett. b), (mancata partecipazione al dibattimento di uno o più difensori), nella quale rientra anche il caso dell'astensione degli avvocati dalle udienze per adesioni ad agitazioni di categoria, non operano, ai sensi di quanto espressamente previsto dal comma settimo del citato art. 304 cod. proc. pen., i limiti massimi di fase di cui al precedente comma sesto, ma soltanto i limiti di durata complessiva della custodia cautelare". (Cass., Sez. I, sent. n. 1470 del 26-03-1997, Cocozza; negli stessi termini, Sez. V, sent. n. 3920 del 11-11-1997, Gaglione; Sez. I, sent. n. 2646 del 25-06-1996, Di Paolo; Sez. I, sent. n. 2603 del 05-06-1996 D'Addio, ecc.). Si è spiegato che l'astensione dalle udienze, attuata dai difensori a seguito della adesione ad uno stato di agitazione proclamato dalla associazione di categoria, rappresenta comunque una causa di privazione per l'imputato dell'assistenza difensiva, che da un lato impone la sospensione o il rinvio del procedimento, ma giustifica, dall'altro, la sospensione dei termini ai sensi dell'art. 304 c.p.p., comma 1, lettera b), onde evitare che la forzata inerzia del processo si risolva in un ingiustificato vantaggio dipendente dalla decorrenza dei termini".

Tribunale Napoli, sez. I, coll B)
ordinanza 31 marzo 2015, n. rg. dib. 7107
Pres. Pellecchia, Bottillo, Daniele

Termini custodia cautelare: rinvio per adesione del difensore all'astensione di categoria – Sospensione dei termini – Applicazione

(art. 304 c.p.p.)

L'adesione dei difensori all'astensione di categoria, se ritualmente esercitato il diritto, impone al Giudice il rinvio del processo quale effetto indotto dall'esercizio legittimo del diritto di sciopero in quanto priva l'imputato dell'assistenza, dunque, a prescindere da una richiesta volontaria di rinvio ben potendo esso difensore non pre-

sentarsi all'udienza in virtù della comunicata adesione all'astensione. Di conseguenza, il periodo di sospensione del termine custodiale determinato dall'adesione all'astensione dei difensori, ai sensi dell'art. 304 comma 7 c.p.p., va aggiunto e sommato al termine di cui all'art. 304 comma 6 c.p.p., rientrando nell'ipotesi di cui all'art. 304 comma 1 lett. b) c.p.p. e non in quella di cui alla lett. a).

Tribunale Napoli, sez. I, coll B)
ordinanza 31 marzo 2015, n. rg. dib. 7107
Pres. Pellecchia, Bottillo, Daniele

Valutazione della prova: registrazioni conversazioni tra presenti – Utilizzabilità – Limiti

(art. 191 c.p.p.)

È legittima l'utilizzazione nel processo del contenuto di una conversazione privata tra presenti, registrata su nastro magnetico da parte di uno degli interlocutori, mentre non sono utilizzabili le registrazioni di conversazioni effettuate in assenza di autorizzazione del Giudice, da uno degli interlocutori dotato di strumenti di captazione predisposti dalla polizia giudiziaria, atteso che in tal modo si realizza un surrettizio aggiramento delle regole che impongono strumenti tipici per comprimere la segretezza delle comunicazioni costituzionalmente protetta.

Tribunale Nola, coll A)
sentenza 18 marzo 2015, n. 870
Pres. Imparato, Est. Capasso

LEGGI PENALI SPECIALI

Edilizia: tipologia interventi sanzionati – Caratteristiche

(art. 44 d.P.R. 380/2001)

Nel merito della configurabilità dei reati, si premette che la norma di cui all'art. 44 lett. C) del d.P.R. 380/2001 sanziona penalmente l'esecuzione di opere in assenza o difformità dal permesso di costruire in zona sottoposta ai vincoli di cui al d.lgs. 42/2004 e sono da reputarsi tali tutti gli interventi che comportano significativi aumenti di superficie o volume, modifiche della sagoma, alterazione dei prospetti. In altri termini, la norma sanziona gli interventi edilizi che incidono in modo significativo ed apprezzabile sul territorio comportanti aumenti planovolumetrici e, dunque, una trasformazione dell'assetto edilizio ed urbanistico che richiede necessariamente l'autorizzazione della Pubblica Amministrazione.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Edilizia: gazebo – Caratteristiche – Pertinenza – Esclusione – Necessità di permesso

(d.P.R. 380/2001)

In base al vigente regolamento edilizio comunale, i cosiddetti gazebo e le opere d'arredo esterno di edifici, per loro natura pertinenziale e precaria, sono realizzabili con

denuncia di inizio attività rientrando nella nozione di "manutenzione straordinaria", tipologia di intervento che, a differenza della ristrutturazione edilizia, è vincolata al rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'edificio e non può comportare aumento della superficie utile o del numero delle unità immobiliari o modifica della sagoma o mutamento della destinazione d'uso, diversamente anche dal restauro e risanamento conservativo nel qual caso non è consentita la modifica sostanziale dell'assetto edilizio preesistente essendo possibili tuttavia variazioni d'uso "compatibili" con l'edificio conservato (cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 20350 del 16/03/2010 Rv. 247178). Tale norma regolamentare va tuttavia coordinata con il disposto di cui all'art. comma 2 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 in base al quale "Le definizioni di cui al comma 1 prevalgono sulle disposizioni degli strumenti urbanistici generali e dei regolamenti edilizi" e con il disposto di cui all'art. 3 comma 1 lett. e) del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 il quale riconduce alla nozione di "intervento di nuova costruzione" assentibile con il permesso a costruire, l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati e di strutture di qualsiasi genere allorché siano utilizzate come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee (in relazione a tali strutture la norma regolamentare deve quindi intendersi implicitamente superata).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Edilizia: realizzazione di gazebo all'esterno di locale bar – Pertinenza – Esclusione

(d.P.R. 380/01)

La realizzazione di un gazebo, con struttura di tipo leggero installata all'esterno del locale bar, avente superficie di circa 25 mq per un'altezza variabile tra i metri 3,00 della gronda ai metri 4,00 dell'apice, chiusa sui tre lati e costituita da tubolari metallici rivestiti da teloni impermeabili, attrezzata con tavoli, sedie, televisore, due frigoriferi, alimentata da energia elettrica proveniente dall'interno del locale, utilizzata a servizio della attività commerciale rientra tra i manufatti definibili "gazebo", corredato di arredi e componenti tecnologici indicativi di stabilità e perduranza, e come tale non presenta carattere pertinenziale nel senso sopra descritto bensì sia pacificamente inquadrabile negli interventi edificatori di nuova costruzione che necessitano del permesso di costruire in quanto manufatti leggeri posti al durevole servizio di attività commerciale, le cui dimensioni, consistenza dei materiali e dotazione tecnologica, certamente ne rendono in sé palese la destinazione funzionale, durevole e stabile al locale commerciale e l'utilizzo duraturo, a nulla rilevando l'ancoraggio o meno al suolo della struttura, in ogni caso di non agevole e rapida rimozione proprio in ragione della presenza di componenti tecnologici e delle dimensioni, giusta il disposto dell'art. 3 comma 1 paragrafo E5 del T.U. (che definisce gli "interventi di nuova

costruzione”: quelli di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti. Sono comunque da considerarsi tali: e. 5) l’installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee e salvo che siano installati, con temporaneo ancoraggio al suolo, all’interno di strutture ricettive all’aperto, in conformità alla normativa regionale di settore, per la sosta ed il soggiorno di turisti).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Edilizia: vincolo paesaggistico – Caratteristiche – Elementi costitutivi

(d.lgs. 42/04)

Il reato ex art. 181 c.1 bis d.lgs. 42/04 è configurabile anche se la dichiarazione di notevole interesse sia stata resa con provvedimento emesso ai sensi delle disposizioni previgenti ed anche in assenza di notificazione del vincolo ai proprietari o ad altri soggetti interessati, non essendo la notifica necessaria (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 45609 del 09/11/2005 dep. 16/12/2005 Rv. 232641). Tale delitto paesaggistico ha natura di reato autonomo e non di circostanza aggravante del reato contravvenzionale previsto dal comma primo del citato art. 181 (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7215 del 17/11/2010 dep. 25/02/2011 Rv. 249522).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Edilizia: vincolo paesaggistico – Contravvenzione e delitto – Caratteristiche

(art. 181 – art. 42 d.lgs. 42/04)

Sia la fattispecie delittuosa di cui all’art. 181 comma primo-bis d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, sia quella contravvenzionale prevista dal comma primo della citata disposizione, hanno natura di reato di pericolo e non richiedono, per la loro configurabilità, un effettivo pregiudizio per l’ambiente, potendo escludersi dal novero delle condotte penalmente rilevanti soltanto quelle che si prospettino inidonee, pure in astratto, a compromettere i valori del paesaggio e l’aspetto esteriore degli edifici (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 34764 del 21/06/2011 dep. 26/09/2011 Rv. 251244).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Edilizia: vincolo paesaggistico – Elemento soggettivo

(art. 181 d.lgs. 42/04)

Quanto al profilo soggettivo, è sufficiente il dolo generico sicché è dovere dell’imputato adempiere all’onere di informarsi preventivamente all’esecuzione dei lavori,

anche circa l’eventuale assoggettamento a vincoli insistenti nell’area (cfr. Cass. sez. 3 Sentenza n. 48478 del 24/11/2011 dep. 28/12/2011 Rv. 251635).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 11 maggio 2015, n. 8235

Fallimento: bancarotta fraudolenta documentale – Requisiti

(art. 216 l.f.)

La responsabilità dell’amministratore che risulti essere stato soltanto un prestanome, nasce dalla violazione dei doveri di vigilanza e di controllo che derivano dalla accettazione della carica cui però va aggiunta la dimostrazione non solo astratta e presunta ma effettiva e concreta della consapevolezza dello stato delle scritture, in tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari o per le ipotesi con dolo specifico, di procurare un ingiusto profitto a taluno. Inoltre dal punto di vista oggettivo il contestato reato è integrato sia dalla sottrazione di scritture contabili, precedentemente sussistenti, sia dall’omessa tenuta delle stesse, penalmente rilevante ex art. 216 n.2 l.f., quando sorretta dal necessario dolo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, o come nel caso di specie, di recare pregiudizio ai creditori.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 25 marzo 2015, n. 951
Pres. Imparato, Est. Capasso

Fallimento: bancarotta fraudolenta documentale – Omesso deposito delle scritture – Assorbimento

(art. 216 – 220 l.f.)

In tema di reati fallimentari l’inosservanza dell’obbligo di deposito delle scritture contabili ex art. 220 l.f. deve ritenersi assorbita dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale, commessa mediante sottrazione del compendio contabile, risultando del tutto omogenea la struttura e l’interesse sotteso ad entrambe le figure di reato, ma più specifica, in ragione dell’elemento soggettivo la seconda.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 25 marzo 2015, n. 951
Pres. Imparato, Est. Capasso

Patrocinio a spese dello stato: redditi prodotti all’estero – Istante non appartenente alla UE – Modalità e requisiti della istanza

(art. 79 d.P.R. 115/2002)

Per i redditi prodotti all’estero, in base all’art.79 comma 2, l’istante non appartenente all’Unione europea è tenuto a corredare l’istanza con una certificazione dell’autorità consolare competente che attesti «la veridicità di quanto in essa indicato» circa la sussistenza delle condizioni di reddito previste per l’ammissione a beneficio e tale attestazione richiede, sia pur in forma sintetica, l’indicazione dei concreti elementi e riscontri acquisiti in merito, al fine di consentire gli eventuali ed opportuni controlli non essendo di per sé idonea a determinare l’am-

missione al patrocinio (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 38718 del 01/07/2004Cc. (dep. 04/10/2004 Rv. 229605). In caso di impossibilità di produrre la certificazione consolare, va allegata «a pena di inammissibilità», in luogo di essa, una dichiarazione sostitutiva di certificazione (art. 94, comma 2, del testo unico). Dal combinato disposto degli artt. 79, comma 2, e 94, comma 2, si ricava che la mancata produzione della certificazione consolare, ove non sia stata presentata la dichiarazione sostitutiva, costituisce causa di inammissibilità dell'istanza. Dunque, l'inammissibilità deriva solo in difetto della dichiarazione sostitutiva di cui al d.P.R. n. 115 del 2002, art. 94, comma 2 (Corte Costituzionale sentenza n. 369/2007) mentre, in caso di imputato straniero detenuto, si determina, essendo consentito il ritardo nella produzione della certificazione attesa la peculiare condizione detentiva, nel caso di mancato rispetto del termine entro il quale, a norma dell'art. 94, comma 3, l'istante può produrre la certificazione, la revoca del decreto di ammissione nel frattempo emesso, in forza dell'art. 112 T.U. (cfr. Cass. sez. 4, Sentenza n. 17003 del 15/01/2009Cc. dep. 22/04/2009 Rv. 243477; Corte Costituzionale del 16/04/2012 Pubblicata in G. U. 26/04/2012 n. 17). Infatti, l'art. 94 T.U. che disciplina i casi di "impossibilità a presentare la documentazione necessaria ad accertare la veridicità", sanziona con l'inammissibilità non la mancanza di documentazione attestante i redditi dei cittadini comunitari o della certificazione consolare per i cittadini non appartenenti all'Unione Europea, bensì solo la mancanza della dichiarazione sostitutiva di tali certificazioni, la cui produzione, in alternativa a queste, è consentita. L'istante è tenuto tuttavia a comprovare l'impossibilità di produrre la certificazione consolare che asseveri la sua autocertificazione (anche in caso negativo di mancata percezione di redditi e mancato possesso di beni) sebbene tale "impossibilità" non debba essere intesa – secondo un criterio di ragionevole esigibilità – in termini assoluti e rigorosi, non potendosi pretendere un onere gravoso ricadente sullo straniero tenuto conto della tempistica del processo, delle lungaggini burocratiche e delle difficoltà organizzative del paese di origine ad effettuare i dovuti accertamenti sulla posizione reddituale dell'istante di talché vanno ricompresi anche i casi in cui il richiedente si sia utilmente e tempestivamente attivato per ottenere la prevista certificazione senza esito, non essendo a lui imputabili le inadempienze o le lungaggini burocratiche dello Stato estero di appartenenza, fermo restando l'onere di fornire tuttavia la prova del tentativo di rilascio e della impossibilità di allegare la prescritta certificazione.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
ordinanza 8 giugno 2015, n. rg. dib. 6050

Patrocinio a spese dello Stato: istanza presentata da straniero – Requisiti

(d.P.R. 115/2002)

L'istanza di ammissione al gratuito patrocinio presentata da straniero, deve dimostrare il venir meno della convivenza con gli altri membri della propria famiglia dimoranti nel paese di origine e, contestualmente, contenere una dichiarazione anche negativa circa la percezione di redditi anche occasionali da parte dei familiari sia pur residenti all'estero in relazione ai quali va specificato in merito al loro sostegno economico ed alla produzione di redditi nonché in merito al possesso o alla titolarità di beni immobili ovvero di beni mobili registrati da parte degli altri componenti del nucleo familiare laddove, per giurisprudenza costante, anche redditi da capitale, terreni o fabbricati oltre che provenienti da qualsiasi altra fonte, oppure il possesso di beni mobili registrati – specie se di recente acquisto – devono essere dichiarati onde consentire agli organi competenti di effettuare le valutazioni previste dagli artt. 96 e 98 d.P.R. n. 115 del 2002" (cfr. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 13309 del 24/01/2008 Imputato Marino). Infatti il Giudice deve disporre di tutte le informazioni necessarie per la decisione sulla istanza in merito alle condizioni di vita personali e familiari ed al tenore di vita del richiedente desumibile anche dalla titolarità di immobili ovvero di beni mobili registrati, essendo tutti elementi valutabili ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato che non devono essere omessi nell'autocertificazione ovvero dichiarati anche in negativo.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
ordinanza 8 giugno 2015, n. rg. dib. 6050

Patrocinio a spese dello Stato: istanza presentata da straniero – Autocertificazione – Limiti e valutazione

(d.P.R. 115/2002)

L'istanza avanzata da uno straniero che non allega la certificazione consolare prescritta ma allega solo l'autocertificazione senza tuttavia fornire alcuna minima indicazione in merito alla impossibilità di produrre la suddetta documentazione e senza aver comprovato quantomeno il mero tentativo di richiesta all'autorità consolare di rilascio della certificazione pur rimasto inevaso, deve intendersi generica e tale da non consentire al Giudice di comprendere gli elementi reddituali da valutarsi ai fini dell'ammissione al beneficio ed il tenore di vita dell'istante e del proprio nucleo familiare, per cui va rigettata.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
ordinanza 8 giugno 2015, n. rg. dib. 6050

Diritto amministrativo

- BREVI RIFLESSIONI IN MATERIA DI «DEMANIO MARITTIMO»: TRA RECENTI LOGICHE
PROPRIETARIE E TRADIZIONALI LOGICHE *NON PROPRIETARIE* 136
di Francesco Rinaldi
- RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI
E FORNITURE (*d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.*) 140
di Almerina Bove



Brevi riflessioni in materia di «demanio marittimo»: tra recenti logiche proprietarie e tradizionali logiche non proprietarie

abstract

The “maritime domain” is now, more than ever, a fertile ground for research and scientific debate on property and public goods, placing the interpreter and several significant issues, which unfold from its object until its use, too in view of the known and obvious seaside vocation of our country. It is also particularly useful comparative survey, in a dimension of wider reform of the categories proprietary and public property. Special value in key heuristic and reconstructive, assumes, finally, the sustained ability to configure, within certain limits and with reference to certain categories of goods insistent on state owned land, possibility of surface rights (Art. 952 cod. Civ.), removing them, therefore, to nature and to the regime of state ownership.

keywords

Maritime domain - property - public goods - surface rights.

abstract

Il “demanio marittimo” rappresenta oggi, più che in passato, un fertile terreno di ricerca e confronto scientifico in materia di proprietà e beni pubblici, ponendo all’interprete diverse e significative problematiche, che si dipanano dal suo oggetto sino al suo utilizzo, anche in considerazione della nota ed ovvia vocazione balneare della nostra penisola. Risulta, inoltre, particolarmente utile un’indagine di tipo comparativo, in una dimensione di ampia riforma delle categorie proprietarie e dei beni pubblici. Particolare valore, in chiave euristica e ricostruttiva, assume, infine, la sostenuta possibilità di configurare, entro certi limiti e con riferimento a determinate categorie di beni insistenti su area demaniale, ipotesi di diritto di superficie (art. 952 cod. civ.), sottraendoli, di conseguenza, alla natura ed al regime della proprietà demaniale.

parole chiave

Demanio marittimo – proprietà – beni pubblici – diritto di superficie.

Il «demanio marittimo»¹ rappresenta oggi, più che in passato, un fertile terreno di ricerca e confron-

to scientifico in materia di proprietà e beni pubblici, ponendo all’interprete diverse e significative problematiche, che si dipanano dal suo oggetto sino al suo utilizzo, anche in considerazione della nota ed ovvia vocazione balneare della nostra penisola².

In una prospettiva pure di tipo comparativo³, questa peculiare categoria di beni pubblici consente di registrare una significativa evoluzione in materia di oggetto del diritto di proprietà, determinata dalla diversità delle categorie di beni sui quali, più o meno intensamente, il potere di disposizione proprietario può essere esercitato, ha determinato l’emersione di diverse forme di *dominio*, tanto da consentire di affermare l’esistenza non di un’unica forma di «proprietà», bensì di diverse forme di «proprietà» e, di conseguenza, di diversi *statuti* proprietari⁴.

Dal modo di concepire il diritto di proprietà, ed in particolare, i suoi limiti, sembra dipendere, ancor’oggi, l’organizzazione sociale ed economica, nonché il regime politico⁵, di uno Stato, anche in termini di

² Per avere contezza del patrimonio costiero della nostra Nazione è possibile consultare uno dei tanti significativi saggi di provenienza dai professionisti, associazioni e sindacati del settore, tra questi, cfr. AA.VV., *L’impresa turistico-balneare* a cura di N. Carnimeo e S. Prete, Bari, 2011, p. 1 ss.

³ Con particolare attenzione ai sistemi di *Common law*.

⁴ Ricordando S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 145 ss., le cui riflessioni restano fondamentali in argomento.

⁵ Due recenti esempi, particolarmente significativi, possono essere proposti: l’affermazione ed elaborazione del diritto di proprietà in Cina e la tutela costituzionale della proprietà in India. Quanto alla prima ipotesi comparativa, si fa riferimento agli emendamenti costituzionali del 2004, in materia di inviolabilità del diritto di proprietà, di suoi limiti in termini di espropriabilità, ed al rapporto tra proprietà *pubblica* e *privata*. La proprietà, dunque, nell’ambito del *diritto socialista cinese* e delle tradizionali categorie proprietarie della *proprietà del popolo*, della *proprietà delle organizzazioni collettive delle masse lavoratrici* e della *proprietà dei cittadini*. In argomento, v. A. SERAFINO, *In tema di proprietà in Cina (i progetti della legge sui diritti reali)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 549 ss. Con riferimento alla tutela costituzionale della proprietà in India, sulla scia del modello sudafricano, «si è avvertita la difficoltà di bilanciare la necessità di redistribuzione della terra con la protezione dei diritti di proprietà esistenti» (v., in argomento, F. BENATTI, *La tutela costituzionale del diritto di proprietà in India: storia e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1164 ss., ma spec. 1184 ss.).

¹ Cfr., in particolare, QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1993, p. 92 ss.

«giustizia» e «carità»⁶, nella dichiarata prospettiva di assicurare protezione alle essenziali *necessità umane*. Una visione della proprietà, questa, in termini di «ricchezza» anche a vantaggio di determinate categorie di *soggetti deboli*⁷.

Da queste fugaci indicazioni sembra possibile, sin da ora, cogliere alcuni tratti caratterizzanti di quella *funzione sociale* che l'art. 42, co. 2, Cost., nel *costituzionalizzare* la proprietà, attribuisce a questo eccellente diritto, inteso anche nel senso di dovere di contribuzione al fine di assicurare la «sopravvivenza dei più deboli»⁸.

⁶ Così, J. LOCKE, *Primo Trattato sul Governo*, 1690, par. 42.

⁷ Ad esempio, i «poveri». Cfr., in proposito, H. ARENDT, *Vita attiva. La condizione umana* (1958), trad. it. a cura di S. FINZI, Milano, 1991, spec. 89 ss.; e Z. BAUMANN, *Danni collaterali*, Roma-Bari, 2011, spec. XII ss. della premessa, che ricorda: «nel 2005, prima che l'uragano Katrina si abbattesse sulle coste della Luisiana, gli abitanti di New Orleans e delle zone circostanti sapevano del suo imminente arrivo ed ebbero il tempo di correre ai ripari. Non tutti però poterono agire di conseguenza e mettersi in salvo. Taluni – e non furono pochi – non riuscirono a racimolare il denaro necessario ad acquistare un biglietto aereo (...). Inoltre, benché i beni di quei poveri che non riuscirono a prendere un aereo o a trovare scampo in un motel fossero forse poca cosa rispetto a quelli dei ricchi, e quindi non altrettanto degni di essere rimpianti, essi rappresentavano per loro tutto ciò che possedevano. Nessuno li avrebbe compensati per la perdita di quei beni, che una volta perduti lo sarebbero stati per sempre, insieme a tutti i risparmi di una vita».

⁸ Cfr., L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 7 ss. Questo della *debolezza sociale* segna l'emersione di un vero e proprio *status*, appunto, di «soggetto debole» (sia consentito, in proposito, rinviare a F. RINALDI, *Aspetti problematici di una tutela del consumatore come «contraente debole»*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, a cura di A. PALMA, Torino, 2013, p. 778 ss.), in una prospettiva di ampia tutela della persona e di profonda rimediazione della *dottrina degli status*. Argomento, questo degli *status* che meriterebbe maggiore approfondimento, anche al fine di potersi cogliere le effettive derive, in materia, dell'Ordinamento, tra *status* e *anti-status*. Per ciò che interessa direttamente la «scienza giuridica», la «dottrina degli status», comunemente, segnala due tradizionali «modi di atteggiarsi» dello stato delle persone: il primo, tende a definire, anche etimologicamente, il termine *status* nel senso di «condizione, posizione, situazione» e, dunque, *stato giuridico* come posizione di un soggetto rispetto ad un determinato gruppo sociale, che può essere l'intera collettività o un gruppo minore, dalla quale derivano determinate situazioni giuridiche soggettive. Con maggiore precisione, questo *status*, definito «comunitario», si caratterizza come «posizione (...) tendenzialmente stabile o addirittura permanente, dell'essere umano rispetto a una collettività, onde esso trae la sua forza e quasi la sua identità (...)». Il secondo, invece, esprime lo *status* come «qualità essenziale che individua, o concorre a individuare, un essere umano come soggetto, vale a dire come entità sempre identica a sé stessa al di là delle vicende che in relazione alla detta qualità possano ad essa riferirsi e delle conseguenze che ad essa, per effetto di tali vicende, possano imputarsi sul piano giuridico». *Status*, questo, che viene definito «soggettivistico, individualistico» o anche «personalistico». Cfr. A. CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 e ss., cui si rinvia anche per opportuni ed ulteriori approfondimenti di natura bibliografica. In argomento, cfr., in particolare: P. RESCIGNO, voce *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXXII,

Ebbene, dal combinato disposto degli artt. 822 del cod. civ. e dell'art. 28 del cod. nav. Discende, almeno in prima approssimazione, che formano oggetto del «demanio marittimo» le seguenti categorie di beni: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti marittimi (così, l'art. 822 cod. civ.); nonché le «lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare» ed «i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo» (art. 28 cod. nav.), in modo tale da evitare ogni, pur possibile, confusione, con le categorie di beni appartenenti al «demanio idrico»⁹. Si profila, così, una prima signi-

1993, p. 1 e ss.; Id., *Situazione e «status» nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.; A. CICU, *Il concetto di status*, 1917, ora in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 181; A. D'ANGELO, *Il concetto giuridico di «status»*, Roma, 1938; V. PARLATO, voce *Status (diritto canonico)*, in *Enc. giur.*, 1993; SARACENI, *Il concetto di status e sua applicazione nel diritto ecclesiastico*, in *Arch. giur.*, CXXXII, 1945, 107; D. COMPOSTA, *Gli stati societari nella comunità ecclesiale*, in *Jus*, 1969, 250; A. VITALE, *Diritto-Sacramenti*, Freiburg-Roma, 1969; G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano, 1912, p. 23 e ss.; Id., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano, 1912, p. 60 e ss.; HÄBERLE, *Grundrechte in Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, XXX, Berlino-New York, 1972, p. 80 e ss.; GRAVESON, *Status in the common law*, Londra, 1953, spec. p. 2. FRIEDMANN, *Some reflection on Status and Freedom. Essays in Jurisprudence in honor of R. Pound*, Indianapolis (New York), 1962, p. 222 e ss.; M. REHBINDER, *Status, contract and the Welfare-state*, in *Stanford law review*, 1971, XXIII, n. 5, p. 941 e ss., ma spec. 946. In proposito, E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, spec. in nota 8, p. 77, osserva, inoltre, che: «il riferimento è al tipo di organizzazione della società – fino alla rivoluzione francese e al modello di Stato da essa tenuto a battesimo – fondato sulla *diversificazione* delle regole giuridiche applicabili in base alla *condizione sociale* del soggetto (anche senza arrivare alla più remota contrapposizione tra liberi e schiavi, si pensi alla rilevanza accordata alla situazione di nobile, ecclesiastico o mercante), con conseguente diversificazione dei diritti e degli obblighi di cui ciascuno era (e poteva essere) titolare. L'affermazione dell'*unità del soggetto di diritto* – come destinatario delle norme e, conseguentemente, potenziale titolare di situazioni giuridiche – risulta, in effetti, costituire il risultato, proprio quale reazione ai preesistenti assetti sociali (ed alle relative giustificazioni), di una elaborazione concettuale che, attraverso le ideologie giusnaturalistiche e razionalistiche del secolo XVIII, si pone alla base delle codificazioni civili (il cui modello di riferimento è il *code civil* del 1804)».

⁹ V. l'art. 822 del c.c. e art. 1, co. 1, l. 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), secondo cui: «tutte le acque superficiali e sotterranee ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risposta che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà». Sembra, dunque, potersi ritenere che, in effetti, tutte le «acque» sembrano costituire, *ex lege*, beni pubblici demaniali e riservati, pur non mancando diverse ed opposte reazioni. A titolo esemplificativo: i fiumi (anche se non navigabili); i torrenti, le sponde e le rive interne (rientrando nel concetto di «alveo» (v. Cass., 27 gennaio 2011, n. 1916, cit.); non, invece, le sponde e le rive esterne (che appartengono ai proprietari dei suoli; v. Cass., 9 ottobre 1991, n. 10607, in *Foro it.*, 1992, I, p. 724); le isole, che si formano nel letto di fiumi o torrenti (Cass., sez. un., 10 agosto 2000, n. 565); laghi, i ghiacciai, i rivi i fossati, i colatoi; le acque sotterranee.

ficativa distinzione tra demanio marittimo costiero e «demanio portuale»; ed inoltre, si manifesta l'ambiguità di alcune categorie di beni compresi nell'ambito di questo demanio, sì da rendere necessario l'intervento esegetico di dottrina e giurisprudenza. Si considerino, ad esempio, le seguenti ipotesi: il «lido del mare», sorgendo, ad esempio, questione in relazione alle costruzioni effettuate «in prossimità» di questo¹⁰; l'«area rivierasca»¹¹; l'«arenile»¹²; la «darsena»¹³; le «scogliere» e i «promontori»¹⁴; le «rade» e i «porti»¹⁵, estendendosi

¹⁰ Cfr., Cass., 9 marzo 2004, n. 4769, cit. che, dopo aver posto l'attenzione sulla sua natura di bene appartenente al «demanio naturale», afferma quanto segue: «il “bene in argomento”, sul quale sorge la costruzione alienata, giuridicamente non può essere propriamente il “lido del mare (art. 822 c.c.)” – per tale intendendosi (Cass., sez. un., 2 maggio 1962, n. 849 e id., sez. I, 5 novembre 1981 n. 5871) *stricto iure* quella porzione di riva che è a contatto diretto, nel suo limite esterno, con le acque del mare e che resta normalmente coperto dalle ordinarie mareggiate sicché ne riesce impossibile ogni altro uso oltre quello marittimo o pubblico – in quanto il lido del mare (come pure la spiaggia), per il primo comma dell'art. 822 c.c., “appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico” dello Stato stesso di tal che il lido del mare (*recte*, il suo utilizzo) non può costituire oggetto di concessione da parte di un ente territoriale (...) diverso dallo Stato: l'art. 824 c.c., come noto, assoggetta al “regime dei beni demaniali” se appartenenti “alle province o ai comuni” soltanto (primo comma) “i beni della specie di quelli indicati dall'art. 822, c. 2, c.c.” (tra i quali non è compreso il lido del mare) e (secondo comma) “i cimiteri e i mercati comunali”. Da tale rilievo discende che certamente il terreno (denominato “arenile comunale”) su cui insiste la costruzione trasferita non è il lido del mare». Secondo Cass., 28 maggio 2004, n. 10304, in *Foro amm.*, 2004, p. 1321, «costituiscono lido e spiaggia, e come tali sono comprese nel demanio marittimo, ai sensi degli artt. 822 c.c. e 28 c. nav., la striscia di terreno immediatamente a contatto con il mare, e comunque coinvolta dallo spostamento delle sue acque, tenuto conto anche delle maree, nonché di quell'ulteriore porzione, fra detta striscia e l'entroterra, che venga concretamente interessata dalle esigenze di pubblico uso del mare».

¹¹ A tal fine deve trattarsi di area «normalmente coperta dalle mareggiate ordinarie» oppure di area che, seppure «non sottoposta a mareggiate ordinarie, sia stata in antico sommersa e tuttora utilizzabile per uso marittimo, che comunque il bene sia necessariamente adibito ad usi attinenti alla navigazione» (Così, Cass., 23 aprile 1971, n. 2417).

¹² In aggiunta ed in senso conforme alle decisioni che precedono, specificamente Cass., 30 luglio 2009, n. 17737, in *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 1, p. 77 ss., in quanto l'arenile costituisce «zona abbandonata dal mare nel suo ritirarsi» e, di conseguenza, costituisce «spiaggia».

¹³ Diverse questioni sorgono in argomento, tra le quali, la non demanialità della darsena costruita su suolo privato (v. Cass., 31 gennaio 2012, n. 1379, in *Giust. civ.*, 4, I, p. 921; e Cass., sez. un., 5 febbraio 2002, n. 1552, in *Foro it.*, 2003, I, 765).

¹⁴ Non fanno parte del demanio marittimo, ove costruita d'alto mare (v. Cass., 2.5.1962, n. 849, in *Foro amm.*, 2004, 1963, II, 123).

¹⁵ «Secondo la giurisprudenza, la nozione di porto cui fa riferimento l'art. 28 c. nav. Presuppone una realtà che deve esistere naturalmente, e come tale assolvere alla funzione sua propria, anche senza opere di adattamento o perfezionamento, intendendosi con tale nozione il tratto di mare chiuso che per la sua particolare natura fisica è atto al rifugio, all'ancoraggio ed all'attracco delle imbarcazioni provenienti dall'alto mare. Ne deriva che non è as-

la demanialità, in tal caso, anche alle «zone di terraferma» occupare dalle «opere portuali», nonché alle «zone di mare (bacini) comprese tra i moli», nonché questi ultimi e le «banchine»¹⁶; le «pertinenze demaniali marittime», in relazione alle quali diverse questioni sorgono circa la sorte, in termini di accessione, di «opere non amovibili» realizzate su zone demaniali (v. art. 49 cod. nav.)¹⁷.

Quanto all'utilizzazione (attraverso lo strumento concessorio) dei beni del demanio marittimo – alcuni dei quali, come la «spiaggia» particolarmente ambiti per ovvie e comprensibili ragioni –, per effetto di noti interventi comunitari¹⁸ e di comparazione con altri ordinamenti¹⁹, si manifestano nuove, complesse e delicate questioni. Ci si riferisce, in particolare, alla permanente attualità ed efficacia del *diritto di insistenza*²⁰ (definibile anche in termini di diritto di *preferen-*

similabile al porto e non fa parte del demanio marittimo naturale una darsena costruita a secco su area privata, così come i porti interni fluviali, realizzati lungo i fiumi o i laghi, afferiscono al demanio idrico e non a quello marittimo» (così, POLICE-TARASCO, *op. cit.*, 111 ss.; cfr., inoltre, CASTORINA CHIARA, *op. cit.*, 117; MANGANARO, *Il porto da “bene demaniale” ad “azienda”*, in POLICE, *I beni pubblici*, cit., 247 ss.). In giurisprudenza, v. Cass., 11 maggio 2010, n. 10817, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1197; Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 1108.

¹⁶ Cfr., Cass., 21 aprile 1999, n. 3950, in *Notariato*, 2000, p. 319.

¹⁷ In argomento, cfr. T.A.R. Abruzzo - Pescara, sez. I, 20 marzo 2012, n. 144, in *www.lexitalia.it*.

¹⁸ Ci si riferisce, specialmente, alla nota *Direttiva Servizi c.d. Bolkestein* (Direttiva 2006/123/CE) ed alla procedura di infrazione nei confronti dell'Italia chiusa con l'approvazione del d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 2010, aventi ad oggetto, tra l'altro, il principio della gara pubblica circa l'assegnazione della concessione demaniale di uso del bene demaniale ad impresa turistico balneare, nonché la durata ed il rinnovo delle concessioni preesistenti. In argomento, cfr., in particolare: Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682; e la più recente decisione del Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2022, particolarmente significativa in ordine alla disciplina della durata e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime, anche in sotto il profilo del principio del *legittimo affidamento*.

¹⁹ Il riferimento è, in particolare, alle esperienze di Francia e Spagna. «In Francia innanzitutto l'accesso alla spiaggia è libero e gratuito, la spiaggia è infatti un bene pubblico ad uso generale, nel pieno spirito dei principi della rivoluzione francese e in particolare del principio di «égalité». Più problematica è la vicenda spagnola della *Ley de Costas*, oggetto di riforma e che si differenzia in maniera significativa dal caso italiano, in quanto «sono considerate libere e non si rilasciano concessioni su di esse, ma lo svolgimento di attività “ricreativo-turistica” va esercitata fuori dall'area della spiaggia». In argomento, cfr. A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 437 ss., cui si rinvia per una approfondita ed aggiornata ricostruzione delle vicende riferite nel testo, nonché per un'attenta analisi comparatistica dei citati ordinamenti e per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

²⁰ Che può essere definito in termini di situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il concessionario del bene pubblico e, sembra potersi ritenere, si concretizza nell'attribuzione a questi di un diritto di *preferenza* circa l'utilizzabilità del bene, rispetto ad altri concorrenti, nel caso in cui, venuta a scadenza la concessione

za, v. art. 37 cod. nav.)²¹ ed in relazione all'opportuno rin vigorirsi ed affermarsi di sovraordinati principi di concorrenza e trasparenza, a tutela sia degli *utilizzatori finali* (che potremmo definire, *i consumatori dei lidi* ed altro di riferimento), ed in termini di *eguaglianza*; sia degli imprenditori del settore che intendano accedere al mercato di riferimento (un mercato, peraltro, che può essere considerato sensibilmente protetto) in condizioni di parità. In quest'ultimo caso, a presidio anche di sentiti principi di libertà di stabilimento.

Si tratta, come appare sin troppo evidente, di tematiche di particolare interesse, che meriterebbero ben altro approfondimento, sulle quali, tuttavia, per evidenti ragioni di sintesi non è possibile in questa sede soffermarsi se non con un cenno²², non potendo, però, non richiamare l'attenzione, anche in termini di aggiornamento, su alcune recenti decisioni in materia, orientate al recupero di logiche di esclusività tipicamente *proprietarie*.

Ci si riferisce alla possibilità di configurare ipotesi di *diritto di superficie*, secondo il modulo di cui agli artt. 952 e ss. del cod. civ. su aree in concessioni demaniali marittime e con riferimento ai *locali rimovibili* insistenti su dette aree al fine dell'esercizio dell'impresa balneare, con l'ovvia conseguenza che, in caso affermativo, i suddetti beni costituirebbero *proprietà superficiaria* e non *proprietà demaniale*, con altrettanto ovvie conseguenze in termini di regime normativo applicabile²³.

demaniale, l'amministrazione proceda alla «riassegnazione» del bene demaniale.

²¹ Pare il caso di ricordare che il comma 2 dell'art. 37 cod. nav. È stato abrogato ad opera del d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 26 febbraio 2010). Sulla portata dell'art. 37, *ante e post* riforma, v.: Cons. Stato, sez., V, 21 novembre 2011, n. 6132; T.A.R. Liguria, sez. I, 24 aprile 2013, n. 718, in *www.lexitalia.it*.

²² Per qualche ulteriore e più ampio riferimento, sia consentito rinviare a F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, in *Diritti Fondamentali. Rivista on line. Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, 10.2014, p. 1 ss., cui si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

²³ Lo spunto di riflessione è tratto da T.A.R. Toscana - Firenze, sez. III, 27 febbraio 2015, n. 328, in *giustizia-amministrativa.it* che ha escluso la possibilità, in simili ipotesi di parlare di *pertinenze demaniali marittime*, non rilevandone i presupposti di cui all'art. 29 cod. nav., per il quale sono pertinenze del demanio marittimo: «le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale», necessitando, dunque, della titolarità in capo allo Stato, configurando, di conseguenza, *bene pubblico*. La controversia nasceva dall'impugnativo di atti di introito di canoni demaniali marittimi, non dovendosi – ove condivise le accennate conclusioni – «tener conto dei beni che sono oggetto del diritto superficiario di cui è titolare il concessionario, non trovando perciò applicazione la disciplina di cui all'art. 1, comma 251, n. 2, riferito, appunto, alle opere pertinenziali, in luogo di quella di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), della legge n. 296 del 2006». In argomento, cfr. anche: Corte giust. CE, 13 settembre 2007, C-260/04, in *Giur. It.*, 2008, p.474 ss., con commento di R. Caranta, *Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento o*

rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso "Enalotto"); Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, p. 1209 ss.; Cass., 30 luglio 2009, n. 17737, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 1, I, p. 77 ss.; Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5089, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 934 ss. In dottrina, cfr.: LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2004, p. 5 ss; con specifico riferimento al tema del rinnovo delle concessioni demaniali, G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, p. 678 ss.; M. DE TILLA, *Il lido e la spiaggia fanno parte del demanio marittimo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 1, 79 ss.; M. M. COMENALE PINTO, *Questioni classiche in tema di arenili*, in *Giust. civ.* 2010, 5, 1202 ss.; sul «rapporto Stato Regioni», in seguito alla Riforma del Titolo V Cost., v., in particolare, L. BENVENUTI, *Industria del Turismo e beni demaniali*, in *Dir. mar.*, 2004, II, 406 ss., e A. Greco, *Il primo decreto legislativo di attuazione della legge n. 42/2009: il federalismo demaniale*, in *Il diritto della Regione*, n. 5/2010, p. 32. Infine, spunti di riflessione particolarmente utili e significativi in proposito, derivano dallo Studio Civilistico n. 220-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in materia di Atti dispositivi su beni realizzati su area demaniale, *Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 7 aprile 2011*, nell'ambito del quale «Si chiede di esprimere un parere in merito alle posizioni giuridiche riconducibili alla società privata che - giusta concessione demaniale marittima rilasciata dall'Amministrazione competente nell'ottobre del 2001 - ha realizzato il "Porto di Roma" - essenzialmente costituito da posti barca, box, posti auto, appartamenti e locali commerciali - nonché ai suoi aventi causa, con i quali la concessionaria ha posto in essere atti dispositivi su quei beni. In particolare si chiede di precisare: a) se sulle opere realizzate all'interno dell'area demaniale e sugli specchi d'acqua considerati dal provvedimento concessorio, la concessionaria vanta un diritto reale o personale di godimento; b) se ed in che limiti sia consentito alla concessionaria compiere atti dispositivi sui beni realizzati in forza della concessione, che non contiene alcun divieto in tal senso; c) ove si risponda positivamente alla domanda sub b), quali strumenti negoziali possano essere impiegati per consentire agli aventi causa dalla concessionaria l'uso e il godimento dei suddetti beni».

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 Aprile 2006, n.163 e ss. mm.)

Anomalia dell'offerta – Il sindacato giurisdizionale circa il giudizio di anomalia è limitato ai profili sintomatici dell'eccesso di potere

In conformità a quanto affermato dalla pronuncia n. 8/2014 dell'Adunanza Plenaria e dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, 16 luglio 2014, n. 16239, in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta, la sfera di valutazione della congruità dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, come tale sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti o contraddittorietà; tanto giustifica la scelta operata dal Collegio di disporre un supplemento di consulenza tecnica.

Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274

Pres. Volpe, Est. Tarantino

Autotutela – Non sorge l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in autotutela in relazione al concorrente individuato quale aggiudicatario provvisorio

La giurisprudenza del Consiglio di Stato esclude che prima dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante abbia l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in autotutela al concorrente, anche se aggiudicatario provvisorio, posto che tale provvisoria determinazione non costituisce ancora la definitiva scelta del soggetto aggiudicatario della gara, sì da ingenerare quel legittimo affidamento che impone l'instaurazione del preventivo contraddittorio procedimentale; il partecipante non ha acquisito, in relazione allo stato della procedura, una posizione di vantaggio concreta, comunque tale da far sorgere, nel contesto del procedimento amministrativo in corso, un interesse qualificato e differenziato e quindi meritevole di tutela attraverso detta comunicazione (in termini, da ultimo, Cons. Stato, sez III, 24 maggio 2013, n. 2838).

Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2455

Pres. Giaccardi, Est. Veltri

Avvalimento di garanzia – Anche per tale forma di avvalimento la messa disposizione del requisito mancante deve indicare le risorse concrete da fornire all'ausiliata

Con riferimento all'avvalimento cd. di garanzia, i requisiti di fatturato sono preordinati a garantire, per

il tramite della solidità patrimoniale, l'affidabilità del concorrente a sostenere finanziariamente sia l'attuazione dell'appalto, sia il risarcimento della stazione appaltante in caso d'inadempimento. Benché il c.d. avvalimento "di garanzia" debba essere distinto da quello "operativo", non per ciò solo i relativi atti possono risolversi in formule più semplici e meno impegnative svincolate da qualunque collegamento con risorse materiali o immateriali.

L'avvalimento di garanzia può spiegare, infatti, la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata. Il limite di operatività dell'istituto è, quindi, dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3057 del 17 giugno 2014).

Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2015, n. 2539

Pres. Cirillo, Est. D'Alessio

Avvalimento – In caso di certificazione SOA, oggetto dell'avvalimento non è il documento ma il contenuto attestato

Nel caso in cui l'avvalimento abbia per oggetto l'attestazione SOA – possibilità riconosciuta in ragione della natura generale dell'istituto – non può condividersi la tesi secondo la quale in tale ipotesi l'avvalimento sarebbe di per se stesso necessariamente formale ed immateriale; l'attestazione de qua è finalizzata, piuttosto, a dimostrare l'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori.

Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2015, n. 2547

Pres. Pajno, Est. Saltelli

Bando di gara – Sono suscettibili di immediata impugnazione solo le clausole ostative alla partecipazione o che impongano oneri manifestamente sproporzionati

L'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica è circoscritto al caso della contestazione di clausole che siano "ex se" ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale.

Pertanto, le rimanenti clausole ritenute lesive devono essere impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva; invero, a fronte di una clausola illegittima della lex specialis di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2015, n. 2413
Pres. Romeo, Est. Puliatti

Cause di esclusione – La condotta negligente o inadempiente tenuta dall'impresa in un precedente rapporto contrattuale non richiede, ai fini dell'esercizio della revoca, un accertamento giurisdizionale

La causa di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. f) non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o inadempimento tenuto dalla società nel corso del pregresso rapporto contrattuale, trattandosi di disposizione non avente carattere sanzionatorio bensì posta a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali pubblici; si aggiunga che in relazione ad altre cause di esclusione – v. lett. g) e lett. i) – lo stesso articolo 38 richiede espressamente il definitivo accertamento.

Pertanto, pur in mancanza di un accertamento definitivo deve ritenersi legittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di un appalto motivato con riferimento alla risoluzione di un precedente contratto, a sua volta fondata – ferma la competenza del giudice ordinario in ordine alla validità di tale risoluzione – su irregolarità concernenti la gestione del personale dipendente segnalate da alcuni dipendenti e riprese da organi di stampa (aventi ad oggetto turni ed ore di lavoro), che hanno trovato adeguato riscontro nell'attività istruttoria conseguentemente posta in essere dall'Amministrazione.

Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2389
Pres. Romeo, Est. Cacace

Cause di esclusione – L'autodichiarazione resa da uno dei componenti del c.d.a. non deve contenere la menzione nominativa di tutti gli amministratori che siano agevolmente identificabili mediante l'accesso a banche dati ufficiali

Con la sentenza n. 16 del 2014, l'Adunanza plenaria ha chiarito che la dichiarazione resa ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 da uno dei componenti del Consiglio di amministrazione in ordine all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici, "non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici", con la conseguenza che una dichiarazione sostitutiva così resa "non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio".

A ciò si aggiunga quanto previsto dall'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari) per le gare indette successivamente alla sua entrata in vigore: la nuova disposizione – nel prevedere che persino la mancanza, oltre che l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale, delle dichiarazioni sostitutive (in disparte l'obbligo di pagare una sanzione pecuniaria) comporti l'esclusione dalla gara solo in caso di mancato rispetto del termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante per provvedere all'integrazione o alla regolarizzazione – "offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare [...] esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni)".

Cons. Stato, sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2681
Pres. Severini, Est. Filippi

Informativa antimafia – L'istanza di aggiornamento non riduce la valutazione discrezionale spettante alla Prefettura nella rinnovazione del suo potere

L'istanza di aggiornamento – pur fondata su specifici e documentati elementi di novità rappresentati alla Prefettura – impone di riesaminare la vicenda alla luce dei nuovi dati forniti e tenuto conto degli aggiornati elementi riguardanti il destinatario degli accertamenti acquisiti dalle forze di polizia, ma non delimita lo spazio di valutazione discrezionale spettante alla Prefettura nel rinnovato esercizio del suo potere ai fini dell'aggiornamento, né la vincola al solo spazio di indagine costituito dagli elementi sopravvenuti indicati dall'impresa.

Pertanto, venuti meno gli elementi sui quali l'informativa era basata, l'autorità prefettizia non è ipso facto tenuta e vincolata al suo positivo aggiornamento, posto che essa non è chiamata ad una funzione accertativa di tipo automatico e vincolato, sulla base dei soli elementi adottati dall'istante; viceversa, nel respingere l'istanza di aggiornamento, ben può – ed anzi deve – confermare il

giudizio negativo precedentemente espresso sulla base di elementi negativi, anche sopravvenuti o diversi rispetto a quelli che giustificarono l'emissione dell'informativa antimafia, e seppure questi ultimi siano venuti meno.

Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2410

Pres. Lignani, Est. Noccelli

In house providing – L'affidamento diretto costituisce un'eccezione alla regola generale della gara pubblica

L'in house providing sembra rappresentare – prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione – un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, in virtù delle quali l'affidamento degli appalti pubblici deve avvenire mediante la gara; infatti, l'affidamento diretto del servizio – anche laddove non si traduca nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa in house possa sfruttare nel mercato, presentandosi come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della par condicio – rileva comunque ai fini della tutela della concorrenza in quanto sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 1/2008).

La circostanza che un affidamento in house non contrasti con le direttive comunitarie non vuol dire, allora, che sia contraria all'ordinamento UE una norma nazionale che limiti ulteriormente il ricorso all'affidamento diretto.

Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291

Pres. Lignani, Est. Ungari

In house – La partecipazione di capitali privati osta alla configurabilità del requisito del controllo analogo

In relazione ai requisiti necessari per la configurabilità dell'in house, ciò che rileva per escludere il controllo analogo è la mera presenza – anche in minima parte – di capitali provenienti da privati, perché l'investimento privato persegue fini disomogenei rispetto a quelli di pubblico interesse, escludendo quindi quell'assimilazione sostanziale su cui si fonda l'istituto dell'in house; il privato titolare di quei capitali, inoltre, grazie all'affidamento diretto beneficerebbe di un vantaggio competitivo ottenuto senza rispetto delle regole sulla concorrenza.

Deve quindi ritenersi che la nozione di ente pubblico rilevante ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell'ambito dell'istituto dell'in house si presenta particolarmente rigorosa e restrittiva, dovendosi escludere la possibilità di equiparare all'ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati (è il caso delle Università private).

Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660

Pres. Barra Caracciolo, Est. Giovagnoli

Proroga – È legittima la previsione di una proroga della prestazione, anche con modifica al ribasso, allorché essa sia resa nota a tutti i concorrenti

Deve considerarsi legittima una proroga della prestazione prevista ab origine e disposta prima della scadenza, non operando il divieto di rinnovo dei contratti, di cui agli artt. 23 della legge 62/2005, e 57, comma 7, del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, allorché la possibilità della proroga contrattuale è resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno può formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui l'azienda avesse operato, ab initio, una scelta secca per la più lunga durata del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3580/2013).

È inoltre ammissibile – in relazione alla tutela della concorrenza – la previsione di una proroga con modifica del corrispettivo al ribasso, essendo scelta imprenditoriale che non incide sull'esito del confronto competitivo che ha dato luogo all'affidamento originario.

Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2288

Pres. Lignani, Est. Ungari

Impugnazione dell'esclusione dalla gara e/o dell'aggiudicazione – Il dies a quo non decorre sempre dal momento della comunicazione di cui all'art. 79 d.lgs. 163/2006

Il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di esclusione o di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'esclusione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità [laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso – semplificato ed accelerato – ivi disciplinata (Cons. St., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 896)].

In definitiva, il punto di equilibrio tra l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza del diritto va rinvenuto all'interno di un meccanismo che consenta ai candidati o agli offerenti di proporre ricorsi efficaci entro termini imposti che comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni.

Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274

Pres. Volpe, Est. Tarantino

Diritto tributario

LE RICADUTE SANZIONATORIE PER I REATI TRIBUTARI A CARATTERE TRANSAZIONALE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALL'IPOTESI SPECIALE DI CONFISCA OBBLIGATORIA ANCHE PER EQUIVALENTE DEI PROFITTI ILLECITI E ALLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE AD EFFETTO SPECIALE ..	144
di Antonio Uricchio e Domenico Pirrò	
I RAPPORTI TRA PROCESSO TRIBUTARIO E FALLIMENTO	160
di Stanislao De Matteis	
RASSEGNA DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA TRIBUTARIA	175

Le ricadute sanzionatorie per i reati tributari a carattere transnazionale con particolare riguardo all'ipotesi speciale di confisca obbligatoria anche per equivalente dei profitti illeciti e alla circostanza aggravante ad effetto speciale

abstract

When the direct confiscation of the profit of the tax crimes is not possible, confiscation by equivalent of the assets of the legal entity is permitted only when the company is a fictitious screen of the author. According to the United Sections of the Court of Cassation the current regulations present evident profiles of irrationality.

keywords

Tax crimes – profit evasion – confiscation by equivalent – legal entity.

abstract

Quando non è possibile la confisca diretta del profitto dei reati tributari, la confisca per equivalente del patrimonio della persona giuridica è ammessa soltanto quando la società è uno schermo fittizio dell'autore. Secondo le Sezioni Unite della Cassazione l'attuale assetto normativo presenta evidenti profili di irrazionalità.

parole chiave

Reati tributari – profitto dell'evasione – confisca per equivalente – persona giuridica.

sommario

1. Considerazioni introduttive. – **2.** Il perimetro applicativo della confisca “di valore” in ambito tributario nella recente giurisprudenza delle SS.UU. penali. La confisca “diretta” dei beni che costituiscono il profitto del reato. – **2.1.** (segue) La confisca per equivalente nei confronti delle persone giuridiche: limiti. – **2.2.** (segue) Le ipotesi residuali di ablazione per equivalente sui beni della persona giuridica. – **3.** La ricerca di una base normativa per l'applicazione della confisca per equivalente in capo alle persone giuridiche. – **3.1.** (segue) Gli effetti sostanziali e procedurali derivanti dalla commissione di reati caratterizzati da transnazionalità. Cenni sul reato transnazionale. – **4.** L'ipotesi speciale di confisca per equivalente prevista per i reati transnazionali. – **5.** La circostanza aggravante ad effetto speciale prevista dall'articolo 4 della legge n. 146/2006. – **6.** Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

A tre lustri dalla nascita della Convenzione di Palermo il tema dei *transnational crimes*, soprattutto in ambito tributario, sembra esser tornato di estrema attualità, non tanto per la diffusione di frodi di ampio respiro realizzate in tutto o in parte in più stati da organizzazioni criminali o per la crescente attenzione della comunità internazionale verso i fenomeni di *tax evasion* e *tax avoidance* ma, soprattutto, per l'efficacia e l'ampia portata applicativa di taluni strumenti di aggressione di ricchezze frutto di un'evasione “transnazionale” penalmente rilevante che il legislatore ha adottato già da tempo ratificando tale Convenzione con legge 16 marzo 2006, n. 146¹. Di ciò, per altro, appaiono fermamente convinti anche i giudici di legittimità che, giunti al recente e ben noto approdo interpretativo delle Sezioni Unite sull'istituto della confisca di valore in ambito tributario², da un lato si sono soffermati sui li-

¹ Pubblicata in G.U. n. 85, in data 11.4.2006. Per un primo commento della legge si rinvia a: DELLI SANTI, *La ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *Riv. Pol.*, 2006, p. 521 e ss.; DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 15 e ss.; ATROLOGO, *Prime riflessioni sulla definizione di reato transnazionale nella l. n. 146/2006*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1789 e ss.; LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 401 e ss.

² Ci si riferisce alla sentenza n. 10561 del 2014, per un commento della quale si veda *inter alia*: SANTORIELLO, *Confiscabilità 'limitata' dei beni della società per i reati commessi dall'amministratore*, in *Il Fisco*, n. 13/2014, p. 1249 e ss.; ID., *Sempre ammessa la confisca sui beni sociali per i reati tributari commessi nell'interesse della società*, *ivi*, 2014, 37, p. 3672; BERSANI, *La confisca per equivalente nei reati tributari e l'applicabilità alle persone giuridiche al vaglio della Corte di cassazione a sezioni unite*, in *Resp. amm. soc.*, n. 3/2014, p. 250; SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, in *GT – Riv. giur. trib.*, n. 5/2014; VANNINI, *Esclusa la confisca per equivalente a carico degli enti per i reati tributari commessi dagli amministratori*, in *Corr. Trib.*, n. 17/2014, p. 1325 e ss.; GIANGRANDE, *Timeo Danaos et dona ferentes: le sezioni unite della Cassazione in materia di confisca per equivalente*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, 4, p. 637 e ss.; CORSO, *reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, in

miti applicativi dello stesso agli enti collettivi, dall'altro hanno verificato l'esistenza nell'ordinamento interno di una base normativa che consenta di operare la confisca per equivalente in capo ad una persona giuridica in conseguenza di un reato tributario commesso a suo vantaggio. Una base normativa al riguardo, secondo quanto è possibile ricavare dalle indicazioni del Supremo consesso e da recenti pronunce dei giudici legittimità, sembrerebbe l'art. 11, della legge 146 citata, che prevede l'ipotesi speciale di «confisca obbligatoria anche per equivalente» per i reati «transnazionali».

Orbene, le preziose considerazioni formulate dai Supremi giudici nella sentenza n. 10561 del 5 marzo 2014 offrono senz'altro un'occasione propizia per poter approfondire, in questa sede, taluni aspetti di quello straordinario strumento legislativo che va sotto il nome di «reato transnazionale», perno di una disciplina unica nel settore e applicabile, come è dato evincersi peraltro dall'esperienza giudiziaria degli ultimi anni, anche a talune violazioni finanziarie penalmente rilevanti³. Infatti, l'accertamento della natura transnazionale di un reato, anche finanziario, produce una serie di effetti «a cascata», sia di natura sostanziale che procedimentale, consentendo, per quanto concerne in particolare quest'ultimo profilo, l'utilizzazione di ampi e penetranti poteri sia nella fase delle indagini preliminari che in

quelle successive, ai sensi degli artt. 9 e 12 della legge 146 citata. Tra questi ultimi spiccano le «ipotesi speciali di confisca obbligatoria e per equivalente del profitto illecito» (art. 11), anche in capo alla persona giuridica, l'estensione dei poteri di indagine del pubblico ministero, «nel termine e ai fini di cui all'articolo 430 del codice di procedura penale», allo scopo di assicurare la piena ablazione dei proventi dell'attività delittuosa (art. 12), nonché le attribuzioni al Procuratore distrettuale antimafia delle stesse competenze conferite in tema di misure di prevenzione personali e patrimoniali al procuratore della Repubblica ed al Questore (art. 13). Non meno significativi gli effetti sostanziali dell'accertamento del carattere transnazionale di un «grave reato», tra cui spicca l'aggravante ad «effetto speciale» di cui all'art. 4 della medesima legge, che consente al giudice di disporre in esito al giudizio un aumento di pena da un terzo alla metà, nonché la responsabilità amministrativa degli enti collettivi avvantaggiatisi della condotta illecita ascrivibile ai soggetti apicali ad essi riconducibili (art. 10).

Nonostante lo studio della disciplina dei *transnational crimes* appaia particolarmente fertile e avvincente, soprattutto laddove riferibile all'ambito pena-tributario che, come noto, è caratterizzato da peculiarità tali da contraddistinguerlo da ogni altra branca del diritto penale, in questa sede ci si soffermerà sull'ipotesi speciale di confisca e sull'aggravante ad effetto speciale, che la legge di ratifica della citata Convenzione ha già da tempo introdotto nel nostro ordinamento.

2. Il perimetro applicativo della confisca "di valore" in ambito tributario nella recente giurisprudenza delle SS.UU. penali. La confisca "diretta" dei beni che costituiscono il profitto del reato

Come noto, il Supremo consesso, chiamato a risolvere un recente contrasto giurisprudenziale⁴, nella sentenza n. 10561, citata, ha enunciato, in estrema sintesi, fondamentali principi di diritto sull'applicazione della cosiddetta «confisca di valore» ex art. 322-ter c.p. in am-

Giur.It., 2014, p. 990; ID., *Imminente la sentenza delle SS.UU. sulla confisca all'ente per reato tributario*, in *Il quotidiano Ipsosa*, 20 gennaio 2014; CARDONE - PONTIERI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni della società per delitti tributari commessi dal legale rappresentante*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, 3, p. 53; MACCHIA, *La confisca per equivalente nei confronti degli enti e dei responsabili delle persone giuridiche*, in *Giust. pen.*, 2014, II, c. 193; PUCETTI, *La confisca dei beni della persona giuridica per reati tributari commessi dai vertici societari: diretta o per equivalente?*, in *Proc. pen. Giust.*, n. 5/2014, p. 60; TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni unite in tema di confisca dei beni societari e reati fiscali*, in *penalecontemporaneo.it*, 12 marzo 2014; BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero un'occasione perduta dalle Sezioni unite*, in *Le società*, n. 7/2014, p. 862.

³ In vero, le occasioni in cui la giurisprudenza si è occupata dell'applicazione del reato transnazionale alle fattispecie penali tributarie sono state alquanto limitate. In Italia il primo di sequestro finalizzato all'adozione di un successivo provvedimento di confisca speciale per equivalente ex art. 11, della legge n. 146/2006, è avvenuto in un momento anteriore all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 143, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, che ha esteso l'applicazione dell'art. 322-ter del codice penale a taluni delitti tributari e, segnatamente, a quelli previsti dagli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74. Si tratta del sequestro per equivalente disposto dalla Procura di Trento (decreto del GIP, del 9 novembre 2007), su denaro, beni ed altre utilità, per oltre due milioni di euro, a seguito di un'indagine congiunta tra Guardia di Finanza e Dogane condotta su di una frode carosello perpetrata da un'organizzazione criminale anche con l'ausilio di società *off shore* (nelle Antille Olandesi, nel Liechtenstein, nelle Isole Vergini Britanniche, Cipro, Monaco e nello Stato Usa del Delaware). Per un primo commento al riguardo si veda: NEGRI, *Evasione, si al sequestro dei depositi in banca*, in *Il Sole 24 Ore*, del 26 novembre 2007, p. 40. Cfr., inoltre, in relazione al medesimo procedimento: Cass., sez. III, 9 dicembre 2009, n. 46855.

⁴ La remissione alle SS.UU. è avvenuta con ordinanza del 30 ottobre 2013, n. 46726, al fine di risolvere la seguente questione: «se sia possibile o meno aggredire direttamente i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa». Cfr. sul punto: VANNINI, *Alle Sezioni Unite la questione sulla confiscabilità dei beni appartenenti alle persone giuridiche*, in *Corr. Trib.*, n. 4/2014, p. 326; ID., *Esclusa la confisca per equivalente a carico degli enti per i reati tributari commessi dagli amministratori*, op. cit., nonché con spunti critici SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, op. cit., secondo cui al momento della remissione alle SS.UU. non vi era in atto alcun contrasto giurisprudenziale, come risulterebbe dalla sentenza della sez. III, del 15 ottobre 2013, n. 42350 ove è precisato «tale orientamento... privo di oscillazioni e ambiguità... ha chiarito che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente... non può essere disposto sui beni appartenenti alle persone giuridiche ove si proceda per violazioni finanziarie commesse dal suo legale rappresentante».

bito tributario, su taluni dei quali ci si soffermerà in questa sede. Al riguardo, è necessario preliminarmente ricordare che l'introduzione in tale comparto della misura ablatoria *de qua*, avvenuta con l'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, fu essenzialmente dettata dall'esigenza di semplificare il percorso ablatorio sul denaro o sui beni appartenenti al reo, privi di una connessione con il reato tributario commesso e per un valore equivalente al profitto illecitamente conseguito, nell'impossibilità di poter procedere alla "diretta" confisca di quest'ultimo. Tale ultima e "diretta" misura ablatoria – ed è questo il primo principio ribadito dai Supremi giudici nella sentenza citata – è la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto della commissione di un reato, che è sempre obbligatoria⁵ e può essere applicata tanto nei confronti del reo che nei confronti della persona giuridica attesa la sua natura di misura di sicurezza che la differenzia dalla confisca "di valore"⁶. La confisca "diretta", tuttavia, richiede l'esistenza – e *a fortiori* la rigorosa dimostrazione – di una relazione attuale, diretta⁷ o anche mediata⁸, con il reato commesso. Orbene, dalla commissione della gran parte dei reati tributari, pur conseguendone un profitto⁹, consisten-

te nel vantaggio patrimoniale derivante dal risparmio dell'imposta evasa¹⁰, non scaturisce l'apprensione materiale di denaro o di beni e, pertanto, la confisca "diretta" del profitto-risparmio d'imposta sarebbe di fatto circoscritta ai soli casi di indebiti rimborsi¹¹ o di omessi versamenti riconducibili ad di illeciti tributari, beninteso, sempreché ancora individuabili nella disponibilità del reo o della persona giuridica¹². Infatti, la difficoltà di una specifica individuazione del profitto illecito nella sfera giuridico patrimoniale del reo, anche per effetto di un elevato numero di "passaggi" e di trasformazioni che tale ricchezza subisce una volta sottratta al fisco, preclude la sua diretta confisca.

2.1. (segue) La confisca per equivalente nei confronti delle persone giuridiche: limiti

Profili di maggior interesse si rinvergono nel secondo principio di diritto enunciato dal Supremo consesso nella sentenza richiamata, risolutivo di un contrasto giurisprudenziale sorto invero non di recente¹³, vale a dire che non è consentita la confisca per equivalente nei

monio del reo sia in una sua mancata depauperazione e avere ad oggetto ogni utilità o vantaggio che sia in relazione causale con l'attività illecita svolta. Anche l'illecito risparmio di imposte rientrerebbe nella nozione di "profitto" del reato. In quest'ultimo senso cfr. MARCHESSELLI, *Le attività illecite tra fisco e sanzione*, Padova, 2001, p. 91. Sulle due nozioni la dottrina è sterminata. Si rimanda, tra gli altri a: TRAPANI, voce *Confisca*, II, *Diritto penale*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988; DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza*, in Giur. Sist. Dir. pen., Codice penale - parte generale, III, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, Torino, 1984; CELENTANO, *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni*, in *Nuove forme di aggressione dei profitti del reato e le misure di prevenzione. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Anno 1998, n. 104, Roma, p. 95 e ss.. In giurisprudenza si veda *ex plurimis*, Cass. pen., sez. un., n. 9149, del 17 ottobre 1996; Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Il Fisco*, 2004, p. 7355; Cass., sez. II, 24 settembre 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3126; Cass., sez. III, 10 febbraio 2000, *ivi*, 2001, p. 1789.

¹⁰ Su cui vd. Cass., sez. III, 17 gennaio 2013, n. 9578 ove si dice che nella materia tributaria il profitto del reato è costituito «dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale».

¹¹ Vd. Cass., sez. III, 19 settembre 2003, n. 40462, in *Rass. Trib.*, 2004, p. 2115.

¹² Cfr. in materia di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-bis, d.lgs. n. 74/2000) Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740. Sul punto cfr. SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, op. cit., p. 396, secondo cui nei casi di cui agli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000 il profitto illecitamente conseguito sarebbe dato dalla somme ritenute dal sostituto d'imposta o quelle ricevute da terzi a titolo di IVA e non versate, somme assoggettabili a confisca diretta qualora ancora reperibili.

¹³ Vd. Cass., sez. III, 19 luglio 2011, 28731, in *G. T.*, n. 11/2011, p. 944 con commento di VANNINI; ID., sez. II, 14 gennaio 2010, n. 6288; ID., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 13996. Per alcune posizioni favorevoli all'applicazione della confisca di valore alle persone giuridiche, si veda in dottrina: RISPOLI, in DI GREGORIO - MAINOLFI - RISPOLI, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, 2011, p. 203; DI GREGORIO, *Illeciti tributari e misure ablatorie: alcune questioni pratiche*, in *Il Fisco*, n. 37/2011, p. 6043.

⁵ Dovendola il Giudice disporre in caso di condanna o di applicazione della pena, a differenza della confisca prevista dall'art. 240 c.p., primo comma, che è facoltativa.

⁶ Cfr. Cass., sez. II, 14 ottobre 1992, n. 11173; Id., sez. VI, 20 novembre 2009, n. 301. La confisca "diretta" del profitto *ex art.* 240 c.p., proprio in quanto misura di sicurezza, può avvenire anche nei confronti delle persone giuridiche. Tale misura ablatoria ha carattere cautelare, essendo finalizzata a privare il reo delle utilità economiche ritratte dal reato, prevenendo o scoraggiando la commissione di analoghi illeciti. Diversa natura ha, invece, la confisca di cui all'art. 322-ter, la cui applicazione è stata estesa ai reati tributari dall'art. 1, comma 143, della legge 244/2007 citata. Infatti, quest'ultima forma di confisca è collocata nel Libro II, Titolo II, Capo I del Codice Penale, a differenza della confisca disciplinata dall'art. 240 che è inserita tra le misure di sicurezza nel Libro I, Titolo II, Capo II. Ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto detta misura ablatoria una forma di *prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti* (Cass., SS.UU. pen., 22 novembre 2005, n. 19/41936; sez. VI, 29 marzo 2006; Cass., 30543, del 26 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, III, c. 173). La natura afflittiva della confisca prevista dall'art. 322-ter c.p. è stata confermata dalla Corte costituzionale, n. 301 del 20 novembre 2009. Sulla natura sanzionatoria della confisca per equivalente si veda, oltre alla più volte citata sentenza delle SS.UU. del 5 marzo 2014, n. 10561: Cass., SSUU., 31 gennaio 2013, n. 18374; Cass., sez. III, 16 ottobre 2013, n. 42477; Id., 19 novembre 2013, n. 46249; Id., 31 luglio 2013, n. 33187; Id., 10 gennaio 2013, n. 1256; Id. 4 luglio 2012, n. 25774.

⁷ Cfr. Cass., sez. trib., 14 gennaio 2010, n. 11949, ove si chiarisce che l'applicazione della confisca *diretta* implica l'esistenza di uno specifico nesso tra il reato ed il bene da apprendere, che sia strutturale e non occasionale.

⁸ Sono confiscabili, infatti, anche i beni acquisiti con denaro frutto della commissione di un reato. Cfr. sul punto Cass., sez. II, 6 novembre 2008, n. 45389.

⁹ Per "profitto" del reato deve intendersi l'utile, ottenuto immediatamente (e per taluni autori, anche mediamente) a seguito della commissione di un reato, diverso dal corrispettivo. Il "profitto" può consistere, dunque, sia in un accrescimento del patri-

confronti delle persone giuridiche allorquando non sia possibile la confisca “diretta” del profitto.

Gli enti collettivi dotati di autonomia giuridica e patrimoniale, dunque, pur traendo nella maggior parte dei casi un diretto vantaggio dalla commissione di un delitto tributario, non possono essere destinatari della misura affittiva della confisca per equivalente allorquando non sia ad essi applicabile quella “diretta”. Le Sezioni Unite hanno aderito, quindi, al più recente orientamento dei giudici di legittimità e della prevalente dottrina¹⁴ che ha ritenuto inapplicabile tale forma di confisca alle persone giuridiche stante la sua natura sanzionatoria e l'assenza di una espressa previsione di legge che, a torto o a ragione, consenta di estenderla loro¹⁵. In effetti – e questo a ben vedere appare il dato maggiormente significativo che sembra emergere dalla citata sentenza delle Sezioni Unite – l'impossibilità di applicare ad un soggetto diverso dal reo la misura ablatoria per equivalente è stata considerata dai Supremi giudici una distonia di sistema, una situazione normativa che presenta evidenti profili di irrazionalità. In effetti, se come si è detto poco sopra l'estensione ai reati tributari della confisca prevista dall'art. 322-ter c.p. fu una ben precisa scelta politico-criminale dettata dall'esigenza di introdurre nell'ordinamento uno strumento efficace di tutela delle entrate erariali, vi è da interrogarsi su quali siano state le ragioni di fondo che, a suo tempo, abbiano indotto il legislatore a limitarne (di fatto) l'applicazione alle sole persone fisiche che, come noto, nella maggior parte dei casi non incamerano il profitto dei reati tributari che commettono a vantaggio degli enti per conto dei quali agiscono, profitto che, in tali casi, è strutturalmente di pertinenza¹⁶ della persona

giuridica¹⁷. Ed è proprio per quest'ultimo motivo che il mancato inserimento dei reati tributari nel novero di quelli presupposto per l'applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁸ appare non giustificabile e non più procrastinabile: il reato tributario è commesso a vantaggio dell'ente quando è quest'ultimo che è titolare del rapporto giuridico delle imposte evase, non versate o compensate illegittimamente¹⁹. Infatti, i Supremi giudici, nella sentenza del 5 marzo citata, hanno messo bene in luce i profili di irrazionalità dell'attuale assetto normativo, sottolineando come il mancato inserimento dei reati tributari nella 231 citata rischierebbe di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l'art. 1, comma 143 della legge 244 del 2007²⁰. Per altro, le stesse SS.UU. osservano come alla luce dell'attuale assetto normativo le persone giuridiche possano divenire lo strumento per sottrarre beni alla misura della confisca per equivalente, cioè attraverso l'intestazione ad esse di beni non direttamente riconducibili al profitto del reato. In tale circostanza, infatti, quest'ultimo non può essere aggredito per equivalente in capo alla persona giuridica bensì soltanto sul *reo*, con evidente riduzione delle possibilità di soddisfazione delle esigenze erariali.

che non ritiene sussistente la necessità di un'autonoma punizione dell'ente, atteso che il profitto conseguito da quest'ultimo con l'illecito è già aggredito in sede di sanzione amministrativa tributaria.

¹⁴ Ciò si verifica nei casi di non coincidenza tra soggetto titolare del rapporto giuridico d'imposta e *reo* persona fisica, come nel caso, ad esempio, degli enti con personalità giuridica dotati di autonomia patrimoniale, obbligati, tra l'altro, alla presentazione delle dichiarazioni ai fini IVA e delle Imposte dirette ed ai relativi versamenti. Il *profitto* derivante dalla commissione di reati tributari, coincidendo nella maggior parte dei casi con l'*imposta evasa*, non può che essere individuato in prima battuta nella sfera patrimoniale dell'ente stesso che grazie all'illecito consegue un risparmio fiscale. Risparmio fiscale che, solo eventualmente, può tradursi in una parimenti illecita locupletazione per il *reo*.

¹⁷ Pubblicato in G.U. n. 40, in data 19.6.2001.

¹⁸ Nella sentenza n. 10561, del 5 marzo 2014, le SS.UU. evidenziano, infatti, come nel caso degli enti, il rappresentante legale che pone in essere la condotta materiale dei reati tributari non può che aver operato proprio «nell'interesse e a vantaggio dell'ente medesimo».

¹⁹ L'inserimento dei reati tributari nel catalogo di quelli presupposto della responsabilità amministrativa degli enti è vivamente auspicato dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Al riguardo si veda, oltre alla citata sentenza n. 10561, del 5 marzo 2014, delle SS.UU., Cass., sez. III pen. 15 ottobre 2013, n. 42350, in *Corr. Trib.*, n. 2/2014, p. 115, con nota di CORSO, *Responsabilità amministrativa dell'ente a seguito di reati tributari esclusa dalla normativa vigente*. In dottrina si veda *inter alia*: BERSANI, *La confisca per equivalente nei confronti delle persone giuridiche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Il fisco*, n. 3/2014, p. 239; SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, op. cit., p. 399.

¹⁴ ARDITO, *Reati tributari: irretroattività della confisca per equivalente*, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 874; SOANA, *Introdotta la confisca per equivalente anche nel diritto penale tributario*, in *Giust. Trib.*, 2008, p. 8; SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Il Fisco*, n. 11/2001, p. 1590.

¹⁵ Sicché l'applicazione della confisca di valore ad un soggetto diverso dal *reo* violerebbe l'art. 27, comma 1, della Costituzione.

¹⁶ In argomento: VANNINI, *Alle Sezioni Unite la questione sulla confiscabilità dei beni appartenenti alle persone giuridiche*, op. cit., p. 327; IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Res. amm. soc. enti*, n. 3/2007, p. 7 ss., per il quale la logica del profitto sottostante alla commissione dei reati tributari, nell'interesse dell'ente, appare strutturale o fisiologica alla condotta dell'autore dell'illecito. Per quest'ultimo autore l'inserimento delle fattispecie penal-tributarie tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti sarebbe priva di serie controindicazioni teoriche. Altra parte della dottrina ha sostenuto, invece, che se la responsabilità amministrativa degli enti potesse derivare anche da un reato tributario si determinerebbe un eccesso punitivo per questi ultimi, destinatari della sanzione amministrativa per le violazioni tributarie e di quella *ex d.lgs.* n. 231/2001, e l'autore materiale della condotta illecita sarebbe colpito da sanzione penale. Nello stesso senso: CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Res. amm. soc. enti*, n. 1/2007, p. 155 ss., nonché SANTORIELLO, *Reati tributari: sequestro (e confisca) per equivalente del profitto sui beni della società*, in *Il fisco*, n. 8/2013, p. 1151 ss.

2.2. (segue) Le ipotesi residuali di ablazione per equivalente sui beni della persona giuridica

Corollario del principio di diritto enunciato dalle SS.UU. sulla inapplicabilità della confisca di valore ad un soggetto terzo rispetto alla reo (*id est*, l'ente) è, *mutandis mutandis*, la possibilità di aggredire per equivalente il patrimonio della persona giuridica allorquando essa costituisca "uno schermo fittizio" (per l'autore del reato). Il Supremo consesso, infatti, nella sentenza del 5 marzo, ha affermato che l'unica possibilità di poter disporre un sequestro preventivo finalizzato ad una confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica è allorquando essa risulti un mero paravento del reo ovvero quando venga strumentalmente utilizzata per la commissione di illeciti²¹. Tali ultime e circoscritte ipotesi di estensione della confisca di valore agli enti collettivi appaiono, a ben vedere, divergere l'una dall'altra: in un primo caso, infatti, la persona giuridica celerebbe dietro di sé quella fisica, autore del reato tributario, risultando del tutto priva di autonomia, nel secondo, invece, appare non dissimile dalla figura dell'autore mediato essendo utilizzata per la commissione di illeciti.

Secondo i Supremi giudici, dunque, non vi sarebbero altre possibilità, al di fuori di quelle testé enunciate, per poter aggredire per equivalente l'ente collettivo e, pertanto, risulterebbero prive di pregio talune aperture giurisprudenziali favorevoli ad un'estensione agli enti collettivi dell'applicazione della confisca di valore in ragione del rapporto di immedesimazione organica tra questi ultimi ed i propri organi di amministrazione²².

²¹ Nella sentenza delle SS.UU. del 5 marzo 2014, n. 10561, la Corte ha preso atto dell'orientamento sul punto, tra cui Cass., sez. III, 26 settembre 2013, n. 42638; Cass., sez. III, 20 settembre 2013, n. 42476; Cass. sez. III, 10 luglio 2013, n. 42350; Cass., sez. III, 14 maggio 2013, n. 33182; Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 15349; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256; Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 33371; Cass., sez. III, 14 giugno 2012, n. 25774; Cass., sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 42703. Sul punto si veda, inoltre: Cass. pen., 16 ottobre 2014, n. 43320, in *Rass. Trib.*, n. 45/2014, p. 3501, con nota di CORSO, *Misure cautelari reali contro l'ente "schermo" dell'autore dei reati tributari* e Cass. sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256. In dottrina si veda: BRICHETTI, *Si al sequestro preventivo per equivalente se la persona giuridica è uno schermo fittizio*, in *Guida al dir.*, n. 15/2014, p. 95.

²² Sul punto cfr. *ex multis* Cass., 10 maggio 2012, n. 17485 e Id., 9 giugno 2011, n. 26389, secondo cui per la confisca dei beni di un ente collettivo sarebbe sufficiente il rapporto di immedesimazione organica in quest'ultimo del suo legale rappresentante; per converso, la frattura del rapporto di immedesimazione organica la precluderebbe. Sul punto vd: Cass., 15 giugno 2009, n. 24677 e Cass., 19 luglio 2011, n. 28731, in *GT - Riv.giur.trib.* n. 11/2011, p. 945, con commento di A. VANNINI, *Il coinvolgimento dell'ente nell'illecito penale-tributario in assenza del reato presupposto*. Per le SS.UU. il rapporto fra l'ente ed un suo organo non sarebbe di per sé suscettibile, invece, di fondare l'estensione della confisca di valore al primo. Per altro, la persona giuridica potrebbe promuovere, tramite i suoi organi, azione di responsabilità verso il suo amministratore che con la propria condotta illecita la ha esposta a responsabilità civile derivante da reato.

o della disponibilità di fatto dei beni²³ su cui dovrebbe incidere il provvedimento ablatorio ovvero di un "concorso" di persone nel reato²⁴. L'unico spazio residuale di applicazione della confisca di valore all'ente collettivo risulterebbe, quindi, l'ipotesi di sostanziale identità tra quest'ultimo e la persona fisica che agisce per suo conto e quella di strumentale utilizzazione della persona giuridica per la commissione di illeciti²⁵. Nel primo caso, nel confermare l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità sul punto, le SS.UU. hanno ribadito, infatti, che allorquando l'ente sia di fatto privo di un'autonomia e rappresenti uno schermo dell'amministratore, il quale agisce *uti dominus* come effettivo titolare del primo, la trasmigrazione nella persona giuridica del profitto del reato non può atteggiarsi come un reale trasferimento di valori e rappresenterebbe un espediente non dissimile dalla figura dell'interposizione fittizia²⁶.

²³ Cass., sez. III, n. 28731, del 7.6.2011.

²⁴ La società, secondo un minoritario orientamento giurisprudenziale, è considerata un soggetto diverso dal terzo *estraneo* nei cui confronti non trova applicazione l'art. 322 *ter* c.p. Ciò perché l'ente si avvantaggerebbe degli incrementi patrimoniali che derivano dalla commissione del reato. Vd.: Cass., 20 settembre 2007, n. 38599; Cass., 21 febbraio 2007, n. 9786; Cass., 20 dicembre 2006, n. 10838; Cass., 6 luglio 2006, n. 30729; Cass., sez. II pen., 14 giugno 2006, n. 31989. Le SS.UU., nella sentenza del 5 marzo 2014, n. 10561, nel richiamare la pronuncia n. 17485, della sez. III, dell'11 aprile 2012, nella quale si legge che nei rapporti tra la persona fisica alla quale è addebitato il reato e la persona giuridica chiamata a risponderne «non può che valere lo stesso principio applicabile a più concorrenti nel reato stesso, secondo il quale a ciascun concorrente devono imputarsi le conseguenze del reato», hanno osservato che nel vigente ordinamento la società non può mai essere autore del reato né tantomeno concorrente nello stesso, essendo al più prevista una responsabilità amministrativa degli enti (ai sensi del d.lgs. n. 231/2001) che, tuttavia, non contempla i reati tributari tra quelli presupposto per la sua applicazione.

²⁵ In tale ultimo caso, ricorrendone i presupposti, risulterebbe ammissibile il sequestro preventivo dell'ente medesimo (*id est* la struttura aziendale) per impedire che l'illecito venga portato ad ulteriore conseguenze. In giurisprudenza vd.: Cass., sez. III, 11 febbraio 2008, n. 6444, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 283; id., 16 aprile 2003, n. 47918; id., sez. VI, 25 settembre 2003, n. 36773; Id., sez. V, 3 luglio 2002, n. 25489.

²⁶ A tale figura si riconducono, in genere, fenomeni spesso eterogenei che vanno dall'attività esercitata in nome e per conto altrui a quella in cui appare esteriormente un soggetto che non svolge alcuna attività in modo sostanziale pur partecipando formalmente ad un atto produttivo di effetti riferibili ad un soggetto diverso, oppure a quella esercitata del tutto fittiziamente. Per un primo approfondimento del fenomeno interpositorio, con particolare riguardo ad altri settori dell'ordinamento, si veda: per il diritto societario, FERRARA F. JR., *Società operante e società etichetta*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 651 e ss.; FOSCHINI, *L'interposizione di persona nel rapporto cambiario*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 264 e ss.; CIAN, *Forma solenne e interposizione nel negozio*, Padova, p. 129 e ss.; ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Bologna, 1977, p. 148 e ss.; GALGANO, *Simulazione*, in *Comm. Del Cod. Civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1998; STOLFI, *Rilievi in tema di società fittizia*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 315 e ss.; CALVOSA, *Sulla simulazione di società in nome collettivo e sulla sua inopponibilità al fallimento*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1093; DE MARINIS, *In*

²⁷. È questo il caso tipico delle società di comodo create al fine di schermare gli autori materiali degli illeciti dalle conseguenze di essi²⁸. In tal caso, infatti, la persona

tema di opponibilità della simulazione al fallimento di una società di persone, in *Giur. merito*, 1988, p. 796 e ss.; REDENTI, *Le società fasulle*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 561 e ss.; ANGELICI, *In tema di fallimento della società apparente*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 360 e ss.; ID., *Note su interposizione fittizia e società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 683 e ss.; GENTILI, *Interposizione, simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di s.r.l.*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 412 e ss.; in materia successoria: BIGLIAZZI GERI, *Appunti in tema di simulazione nel testamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1274 e ss.; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970; in materia fallimentare: DE FERA, *I contratti simulati del fallito*, Milano, 1957; GAMBARO, *Dottrina e giurisprudenza a confronto. Il caso della simulazione nel fallimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 467 e ss.; nel diritto del lavoro: BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1492 e ss.; NICOLINI, *La simulazione nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1969, *passim*; MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1969, *passim*. Il tema della simulazione nel diritto amministrativo, invece, è stato appena lambito dalla dottrina. Si veda, per tutti: SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, p. 150, nonché ZANOBINI, *Corso di diritti amministrativo*, Milano, 1958, I, p. 308. In ambito tributario l'unica disposizione che si riferisce ai casi di interposizione fittizia nella titolarità del reddito ed è tesa a valorizzare giuridicamente in tale ambito la realtà di fatto su quella apparente è, come noto, il terzo comma dell'art. 37 del d.P.R. n. 600/73, in base alla quale «sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona». La norma appena citata, infatti, è finalizzata unicamente a traslare sul soggetto interponente gli effetti giuridici del «possesso di redditi» sorti in capo all'interposto.

²⁷ L'accostamento di tale espediente al fenomeno *interpositorio* appare meritevole, invero, di una precisazione. Infatti, l'imputazione ad una società di comodo di beni suscettibili di produrre ricchezza, sebbene sia in grado *prima facie* di recidere il collegamento tra questa e l'effettivo percettore, precludendo tra l'altro il sorgere su quest'ultimo del presupposto impositivo, non è riconducibile *sic et simpliciter* alla figura dell'interposizione fittizia. Infatti, quantunque l'effetto appaia identico, sotto il profilo della recisione del collegamento tra la ricchezza (imputata ad un terzo) ed il soggetto che ne è l'effettivo possessore, cambiano le modalità con cui tale frattura avviene. Nel caso dell'interposizione fittizia di persona, la ricchezza di un soggetto viene riferita ad altri tramite un «passaggio» che fraudolentemente è tenuto occultato ai terzi e che ingenera inganno, nel caso, invece, della costituzione di una società di comodo, i trasferimenti di ricchezza (*rectius*, i conferimenti) dalla persona fisica a quella giuridica avvengono nella maggior parte dei casi alla luce del sole, talché alcuna situazione ingannevole emerge. Allo stesso modo, negli acquisti effettuati dalla società, appositamente costituita da una persona fisica, il trasferimento a questa, da parte di un terzo, del diritto di proprietà di un bene, avviene realmente e senza che quest'ultimo abbia conoscenza del ruolo assegnato dal socio alla società acquirente.

²⁸ Nello stesso senso vd.; Cass., sez. III, n. 1256 del 10 gennaio 2013. Il fenomeno della costituzione di *società di comodo*, pur presentando un'ampia diffusione, non è stato mai sanzionato *tout court* dal legislatore che si è limitato a disciplinare – peraltro soltanto nel corso degli ultimi decenni – soltanto il regime tributario ad esse applicabile, rinunciando sul versante penale, ad una sua espressa criminalizzazione. Il progetto di legge Reviglio di

giuridica – che come segnala il suo sintagma è già una *factio juris* – risulta essere un apparato fittizio creato ed utilizzato quale autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche che, solo sotto il profilo sostanziale, si riferiscono a terzi. È evidente, però, che in tal caso non è per nulla agevole la ricerca e l'allegazione di elementi che consentano di poter sostenere, oltre ogni

cui al disegno di legge n. 1507 del 1980, mai approvato, considerava invece frode fiscale la condotta di occultamento del «possesso di redditi, facendoli risultare di altrui spettanza mediante interposizione fittizia o facendo risultare i cespiti produttivi come appartenenti a società costituite o utilizzate esclusivamente a tal fine». La dottrina ha affrontato il tema della rilevanza penale dell'utilizzazione delle società di comodo già con riferimento alla previgente fattispecie di frode fiscale di cui alla lettera f), dell'art. 4, della legge n. 516/1982, successivamente modificata dalla legge n. 154/1991, con la quale si puniva la non veridicità del contenuto della dichiarazione dei redditi realizzata attraverso «documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero ovvero ponendo in essere altri comportamenti fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento». L'incerta nozione degli «altri comportamenti fraudolenti» suggeriva, infatti, la possibilità di inquadrare l'intestazione fittizia di beni a società di comodo tra le condotte fraudolente penalmente rilevanti, ai sensi del citato articolo 4, ad una duplice condizione: che la società risultasse priva di concreta operatività, e dunque di finalità imprenditoriali, nonché funzionalmente costituita per occultare l'effettivo percettore del reddito. Sulla rilevanza dell'utilizzazione di società di comodo con riferimento alla previgente disciplina penal-tributaria cfr. *inter alia* CARACCIOLI, *Tutela penale del diritto di imposizione fiscale*, Bologna, 1992, p. 112; ID., *Le sanzioni penali nella disciplina del reddito d'impresa, in Il reddito d'impresa nei tributi diretti*, a cura di CARACCIOLI - GALEOTTI FLORI - TANINI, Padova, 1990, p. 243; D'AVIRRO - NANUCCI, *I reati nella legislazione tributaria*, Padova, 1984, p. 437; DI NICOLA, *La fattispecie prevista dal n. 7) dell'art. 4 della l. 7 agosto 1982, n. 516, in Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, a cura di DI NICOLA - FLORA - GROSSO - NOBILI - PADOVANI, Milano, 1986, p. 320; INSOLERA - ZANOTTI, *Il reato di infedele dichiarazione dei redditi*, Milano, 1987, p. 133; RAMPIONI, *La fattispecie di frode fiscale prevista dal n. 7) dell'art. 4 della l. 7 agosto 1982, n. 516, in Problemi di diritto penale tributario*, a cura di FIANDACA - MUSCO, Milano, 1990, p. 176; NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario, nel D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, Milano, 2000, p. 112 e ss.; PERINI, *Elementi di diritto penale tributario*, Torino, 1999, p. 202; TRAVERSI, *I reati tributari in materia di imposte dirette ed Iva*, Milano, 1986, p. 508; ID., *Interposizione fittizia ed evasione fiscale*, in *Le società*, 1989, p. 1417 e ss.; DE GREGORIO, *Frode fiscale mediante interposizione fittizia di società di comodo*, in *Il Fisco*, n. 4/1992, p. 906 e ss.; DRIGANI, *La nuova frode fiscale trascina le modifiche alla 516*, in *Corr. trib.*, 1991, p. 1761 e ss.; PICCIOLI, *La disciplina della nuova frode fiscale (art. 4 lett f decreto-legge 16 marzo 1991 n. 83 convertito con modificazioni nella legge 15 maggio 1991 n. 154)*, Padova, 1993, p. 49 e ss.. In giurisprudenza, con riferimento alla previgente disciplina, si veda: Trib. Trieste, 30 aprile 1991, n. 107, in *Corr. trib.*, 1991, p. 3661, con nota di DRIGIANI, che ha ritenuto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 4, comma 1, n. 7, della l. n. 516/1982 la «fittizia intestazione di utili di cui si abbia la materiale disponibilità ad una società di comodo estera, compiuta allo scopo di frazionare il reddito in capo a più soggetti e sottrarsi in tal modo al meccanismo della progressività d'imposta». Con riferimento all'attuale disciplina punitiva si veda, per tutti MANGIONE, *La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in *Diritto penale tributario*, a cura di E. Musco, Milano, 2002, p. 97 ss..

ragionevole dubbio, che dietro alla persona giuridica si “nasconda” quella fisica e che questa abbia segregato nella prima beni di fatto suoi. È fuori di dubbio che, in simile evenienza, l’applicazione all’ente della confisca di valore non potrebbe che sortire effetti sanzionatori solo nei confronti del *reo* spogliandolo di ricchezze in misura pari al profitto illecito conseguito per mezzo di quella persona giuridica. È altresì evidente che l’applicazione agli enti della confisca per equivalente – che come si ricorderà fu introdotta in ambito tributario proprio per semplificare la dimostrazione del nesso di pertinenza tra *res* da apprendere e illecito – richiede la prova, sovente per nulla agevole, della riferibilità sul piano sostanziale del patrimonio della persona giuridica al *reo*, la quale non può fondarsi *sic et simpliciter* sulla ristrettezza della base partecipativa dell’ente. Al riguardo, appare opportuno segnalare, per completezza, che per un recente e minoritario orientamento giurisprudenziale le «società a consistenza limitata» sembrano rappresentare, invece, una «emanazione meramente strumentale degli autori del reato – persone fisiche – ossia un comodo e artificioso schermo al cui riparo agire indisturbati», diversamente da quelle di dimensioni non modeste in cui «il comportamento delle persone fisiche, seppur illecito, non può incidere in maniera significativa»²⁹.

3. La ricerca di una base normativa per l'applicazione della confisca per equivalente in capo alle persone giuridiche

Nella sentenza n. 10561 del 2014, citata, il Supremo consesso non si è limitato, in vero, a risolvere l’acennato contrasto giurisprudenziale in tema di sequestro finalizzato alla confisca a carico degli enti collettivi per reati tributari commessi dai legali rappresentanti, tracciandone i limiti di applicabilità della stessa, ma è andata ben oltre, non solo facendosi (autorevole) portavoce del perdurare di una evidente lacuna legislativa, colmabile con l’inserimento dei reati tributari nella lista di quelli presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231³⁰, ma anche verificando la sussistenza o meno

²⁹ Cass., sez. III pen., 11 settembre 2013, n. 37256. Sul punto, in senso analogo, si veda Cass., sez. III, n. 42638, del 27.10.2013, che ha segnalato l’esistenza di una «disparità di trattamento in riferimento alla previsione della confisca non solo tra le persone fisiche e le persone giuridiche, ma tra le stesse persone giuridiche, a seconda che queste rappresentino una emanazione meramente strumentale degli autori del reato, persone fisiche, ovvero siano persone giuridiche di dimensione modesta, rispetto alle quali il contributo delle persone fisiche non può mutarne a tal punto la natura, sicché queste ultime non possono essere assoggettate alla responsabilità amministrativa degli enti e neppure penale per la frode fiscale commessa dall’amministratore delegato in loro favore». In argomento: VANNINI, *Alle Sezioni Unite la questione sulla confiscabilità dei beni appartenenti alle persone giuridiche*, op. cit., p. 330.

³⁰ Secondo le SS.UU. il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli presupposto per l’applicabilità del d.lgs., 8 giugno 2001, n. 231, rischierebbe di «vanificare le esigenze di tutela delle entra-

te tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l’art. 1, comma 143, legge n. 244 del 2007». Infatti, sarebbe possibile sottrarre ricchezze alla misura della confisca per equivalente mediante l’instestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al *profitto* del reato, sia laddove questo sia stato occultato sia nel caso in cui gli autori del reato non abbiano disponibilità di beni da aggredire.

di una base normativa che legittimi l’aggressione, nella forma per equivalente, del patrimonio delle persone giuridiche incrementatosi per effetto di tali reati. Sebbene incidentalmente, il Supremo consesso ha lasciato trasparire – apparentemente in linea con il recente indirizzo giurisprudenziale della Cassazione³¹ come poi si dirà – che una base normativa in tal senso sarebbe rinvenibile nell’art. 11, della legge 16 marzo 2006, n. 146, che prevede le ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente per i reati transnazionali, così definiti dall’art. 3³² della medesima legge che ha ratificato, come noto, la *United Convention Against Transnational Organized Crime*, conosciuta anche come “*Toc Convention*” o “*Palermo Convention*”³³.

Secondo quanto desumibile da tale incidentale rilievo giurisprudenziale, nell’ambito di fenomeni associativi a carattere transazionale sarebbe possibile operare, dunque, la confisca per equivalente anche nei confronti della persona giuridica laddove avvantaggiata dalla commissione di un reato tributario, purché considerato “grave” secondo quanto stabilito dalla Convenzione e dalla legge di ratifica citata. In effetti, le SS.UU., dopo aver escluso l’applicabilità della confisca per equivalente

te tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l’art. 1, comma 143, legge n. 244 del 2007». Infatti, sarebbe possibile sottrarre ricchezze alla misura della confisca per equivalente mediante l’instestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al *profitto* del reato, sia laddove questo sia stato occultato sia nel caso in cui gli autori del reato non abbiano disponibilità di beni da aggredire.

³¹ Si veda, Cass., sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256; Id., 28 febbraio 2013, n. 9576. Appare delineare uno scenario diverso, nel senso della impossibilità di operare un sequestro finalizzato ad una successiva confisca per equivalente in capo alla società in caso di reati transnazionali Cass. pen., 24 gennaio 2014, n. 3635. Tra i primi a segnalare il contrasto giurisprudenziale, già nelle more del deposito della motivazione della sentenza delle SS.UU. del 5 marzo 2014, n. 10561: CORSO, *Il sequestro/confisca agli enti del profitto del reato tributario*, in *Corr. Trib.*, n. 13/2014, p. 921.

³² Per i reati di cui all’articolo 3 della legge n. 146/2006 è previsto che «qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo. In caso di usura è comunque ordinata la confisca di un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari. In tali casi, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di danaro o individua i beni o le utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato».

³³ Tale Convenzione nacque con l’obiettivo di costituire una base giuridica comune, o meglio ancora universale, per il contrasto dei cosiddetti *cross border crime*, vale a dire di quei fenomeni criminali le cui forme di manifestazione travalicano in tutto o in parte i confini degli Stati. Il fine della Convenzione è, dunque, è l’armonizzazione degli ordinamenti dei Paesi firmatari con riguardo all’individuazione di comuni ed identiche fattispecie di reato, al perseguimento di condotte illecite a carattere “transazionale”, al rafforzamento della cooperazione giudiziaria mediante l’individuazione di precise regole di collaborazione nelle indagini tra Organi di polizia e di incriminazione in ciascuno Stato parte.

in capo alla persona giuridica in forza dell'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ove si proceda per le violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società³⁴ e, parimenti, sulla base dell'art. 322-ter del c.p. (la cui applicazione è stata poi estesa ai reati tributari dall'art. 1, c. 143, della l. n. 244/2007), hanno lasciato intendere che l'art. 11 della legge 146/2006 costituisce una valida base normativa in tal senso, pur non essendo applicabile al caso sottoposto al suo esame non ricorrendone i presupposti, vale a dire il carattere transnazionale del reato contestato. In vero, il citato articolo 11 appare l'unico riferimento normativo che, a determinate condizioni, come poi si dirà, è in grado di acconsentire l'applicazione della confisca per equivalente in capo agli enti collettivi, anche nelle ipotesi di reati tributari commessi a loro vantaggio. Ciò stante l'orientamento dei giudici di legittimità che hanno escluso la possibilità di procedere, nei casi di reati associativi, al sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente ex art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 in capo alla persona giuridica allorché il reato fine perseguito dal sodalizio non rientri tra quelli presupposto per l'applicazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ammettendola, per converso, solo sui beni *direttamente* riconducibili al profitto del reato³⁵. Benché, dunque, l'articolo 416 c.p. sia entrato di recente a far parte del novero di quelli in grado di dar luogo a responsabilità amministrativa dell'ente³⁶ esso deve essere considerato una fattispecie del tutto autonoma rispetto ai reati-fine dell'associazione, i quali danno parimenti luogo alla medesima responsabilità se e in quanto siano anch'essi ricompresi tra quelli presupposto per l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001. E non potrebbe essere altrimenti, pena la violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato nel decreto da ultimo citato: l'articolo 416 c.p., come correttamente sottolineato dai giudici di legittimità, si trasformerebbe in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico e in grado di far attrarre nell'applicabilità della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ogni reato commesso in forma associativa, ivi compreso quello tributario. Diversamente, quest'ultimo può essere

fonte di tale responsabilità e dar luogo alla confisca dei beni della società eventualmente coinvolta, anche nella forma per equivalente, solo nei fenomeni associativi a carattere transnazionale³⁷. Infatti, l'articolo 10, della legge n. 146/2006 prevede, tra l'altro, la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel caso in cui, in aggiunta al reato transnazionale, sia commesso il delitto di associazione a delinquere ex art. 416 c.p., come sovente accade nelle frodi carosello³⁸.

³⁷ Negli stessi termini vd.: GIANGRANDE, *Timeo Dànaos et dona ferentes: le sezioni unite della Cassazione in materia di confisca per equivalente*, op. cit., p. 637 e ss.

³⁸ Il termine, utilizzato dalle Autorità fiscali dei Paesi comunitari, allude ad un fenomeno particolarmente insidioso, evolutosi rapidamente, attuato da società aventi sede in Stati membri dell'UE che, mediante la reiterata emissione di fatture per operazioni inesistenti, abusano del regime degli scambi intracomunitari. Il circuito fraudolento, adottato perlopiù da vere e proprie organizzazioni criminali, è finalizzato, in particolare, alla creazione di un fittizio diritto alla detrazione dell'imposta sul valore aggiunto ovvero alla illegittima richiesta di rimborso della medesima in relazione all'effettuazione di operazioni intracomunitarie (generalmente non imponibili). Sull'argomento si veda *inter alia*: LIENEMEYER, *The New Vat System and Fraud*, in *Vat Monitor*, 1997, p. 270 ss.; F. TAGLIAFIERRO - L. TAGLIAFIERRO, *Le frodi Iva nell'unione europea*, in *Il fisco*, n. 29/2000, p. 9447 e ss.; ID., *Unione europea: la "frode carosello". Una tipologia di reato fiscale*, ivi, p. 6516 e ss.; GREGGI, *Fattispecie di evasione e detraibilità dell'imposta nel regime Iva degli scambi tra Italia e Repubblica di San Marino*, nota a Comm. Trib. Prov. di Forlì, n. 12/2000, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, II, p. 33 e ss.; FURLAN, *Brevi riflessioni sulla riforma penale tributaria e frodi all'Iva intracomunitaria*, in *Il Fisco*, n. 40/2001, p. 13081; FALCIANI, *Le frodi fiscali nell'Europa comunitaria*, ivi, n. 41/2002, p. 6472 ss.; ANTONACCHIO, *Frodi carosello all'Iva con fatture soggettivamente inesistenti. Profili sanzionatori relativi ai fornitori comunitari*, in *Il Fisco*, n. 18/2005, p. 2723 e ss.; ROSSI, *I reati di fatturazione: problematiche e profili applicativi*, ivi, n. 43/2002, p. 6882 e ss.; SERINO, *Emissione di fatture per operazioni inesistenti al fine di consentire a se stessi l'evasione*, ivi, n. 9/2003, p. 1362 ss.; ID., *Iva: dichiarazioni d'intento. Legittimità del cedente, frode del cessionario*, ivi, n. 2/2003, p. 236 ss.; WOLF, *VAT Fraud: problems and a Duch solution*, in *Ec Tax Journal*, 2003/2004, p. 19 ss.; BASILAVECCHIA, *Considerazioni problematiche sugli strumenti di contrasto nelle frodi IVA, (nota a Commissione tributaria regionale del Veneto, n. 18/2003)*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, II, p. 513 ss.; TUCCI - QUERQUI, *Le novità introdotte dalla Finanziaria 2005 nel comparto Iva: in particolare le disposizioni antielusive di contrasto alle "frodi carosello"*, in *Il Fisco*, n. 14/2005, p. 2106 ss.; DI GREGORIO - MAINOLFI, *Iva: i profili finanziari delle frodi e il ruolo della polizia economico-finanziaria*, ivi, n. 24/2005, p. 3670 ss.; DILTOVE, *Frodi Iva e norme di contrasto: alcune considerazioni sull'art. 60-bis del D.P.R. n. 633/1972 "Solidarietà nel pagamento dell'imposta"*, ivi, n. 35/2005, p. 5518 ss.; DAL SAVIO, *Iva la responsabilità del cessionario per l'omesso versamento dell'imposta. Alcune riflessioni sull'applicazione dell'art. 60-bis del D.P.R. n. 633/1972*, ivi, n. 46/2005, pag. 7178 e s.; PALUMBO, *Operazioni inesistenti, società cartiere e frodi intracomunitarie: orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. Scuola Superiore Econ. e Fin.*, n. 3/2005, p. 457 e ss.; F. TAGLIAFIERRO - L. TAGLIAFIERRO, *Unione europea: la "frode carosello". Una tipologia di reato fiscale*, in *Il Fisco*, n. 38/2004, p. 6516 e ss.; ID., *Le nuove disposizioni comunitarie per la lotta alla frode Iva*, ivi, n. 11/2005, p. 1600 e ss.; LOVITO - SERINO, *Il punto di vista delle indagini nelle frodi fiscali comunitarie*, ivi, n. 17/2005, p. 2623 e ss.; ANTONACCHIO, *Interposizione di società "cartiere" estere e rischi di frode all'Iva in Italia*, ivi, n.

³⁴ Ciò in quanto gli articoli 24 e seguenti del citato decreto non annoverano i reati fiscali tra quelli in grado di giustificare la misura ablatoria *de qua* - ad eccezione del caso in cui la struttura aziendale rappresenti un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti.

³⁵ Il riferimento è alla sentenza della Cassazione, sezione VI penale, n. 3635 del 24 gennaio 2014, relativa alla nota vicenda giudiziaria dell'Ilva di Taranto, nonché alla sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, n. 10561 più volte citata. Per un primo commento della prima si rinvia a CORSO, *Il sequestro/confisca agli enti del profitto del reato tributario*, op. cit., p. 921.

³⁶ A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 24-ter del d.lgs. n. 231/2001, inserito dall'articolo 2, comma 29, della l. 15 luglio 2009, n. 94, la cui rubrica è stata successivamente modificata in *Delitti di criminalità organizzata* dall'articolo 1, comma 77, lettera a), numero 1, della Legge 6 novembre 2012, n. 190.

Tuttavia, aldilà del risultato cui sono pervenuti di recente i giudici di legittimità in ordine alla verifica di una responsabilità indiretta dell'ente collettivo dipendente da reati tributari commessi in forma associativa, è da rilevare che l'eventuale confisca disposta a carico della persona giuridica, ai sensi dell'art. 19, del d.lgs. n. 231/2001, non può essere assimilata né all'art. 322-ter c.p. e né all'art. 11 della legge n. 146/2006 in quanto, a differenza di queste ultime ipotesi, non è una misura sanzionatoria penale bensì amministrativa che, sebbene applicata obbligatoriamente e in via automatica, produce effetti analoghi alla prima sotto sotto il profilo sostanziale³⁹.

33/2005, p. 5153 e ss.; PLACIDO - VIGNOLI - LUPI, *La responsabilità solidale dell'acquirente per Iva non versata dall'alienante: un caso di "evasione da riscossione"*, in *Dialog. trib.*, n. 6/2005, p. 959 e ss.; ANTONACCHIO - MONFREDA, *Le società "filtro" nelle frodi all'Iva*, in *Il Fisco*, n. 45/2005, p. 7062 e ss.; DI NUZZO - RUIS, *Prevenzione e repressione delle frodi all'IVA, profili di criticità e prospettive operative*, ivi, n. 19/2006, p. 2888 ss.; IZZO, *Associazione per delinquere e frodi carosello in tema di Iva*, ivi, n. 26/2006, p. 4059 ss.; MAZZILLO, *Le frodi sull'Iva intracomunitaria*, ivi, n. 27/2006, p. 4117 ss.; CARACCIOLI, *Omesso versamento Iva, "frodi carosello" e concorso di persone*, ivi, n. 31/2006, p. 4877 ss.; PEIROLLO, *Le "frodi carosello" in ambito intracomunitario e le recenti misure di contrasto allo studio della Commissione UE*, ivi, n. 32/2006, p. 5005 e ss.; MAGNI - SOPRANZETTI, *Carosello Iva e sequestro preventivo: truffa o frode fiscale?*, ivi, n. 33/2006, p. 509 e ss.; COSCARELLI - MONFREDA, *Le frodi "carosello" nel settore auto: il caso sammarinese*, ivi, n. 37/2006, p. 5792 ss.; PERINI, *Frodi Iva e bancarotta fraudolenta patrimoniale: limiti della normativa penale tributaria e "supplenza" del diritto penale fallimentare*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2007, p. 230 e ss.; LUPI - PALUMBO, *Frodi carosello, regime del margine e interventi della manovra finanziaria*, in *Dialog. dir. trib.*, n. 12/2006, p. 1631 ss.; IZZO, *Associazione per delinquere e frodi carosello in tema di Iva*, op. cit.; Id., *Strategie di contrasto delle frodi carosello*, in *Il Fisco*, n. 40/2006, p. 6167 e ss.; SIRRI - ZAVATTA, *"Frodi carosello" fra esigenze di repressione e principi del sistema comune Iva*, in *Corr. trib.*, n. 8/2006, p. 596 ss.; URBANI, *Cooperazione amministrativa e contrasto alle frodi Iva: nuovi orientamenti giurisprudenziali*, in *Il Fisco*, n. 13/2007, p. 1872 ss.; TOMA, *Frodi all'Iva comunitaria, riciclaggio e indagini tributarie*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2008, p. 975 ss.; COVINO, *Si fa presto a dire "cartiera" (ancora in tema di "frodi carosello")*, in *Dialog. dir. trib.*, n. 4/2009, p. 429 ss.; LUPI - COVINO - CENTORE - GIORGI, *Inversione contabile: panacea contro le frodi carosello o bomba a orologeria?*, ivi, n. 3/2008, p. 133 e ss.; CENTORE, *Problemi aperti. Responsabilità del cessionario nella "frode carosello"*, in *L'Iva*, n. 6/2005, p. 7 ss.; ID., *L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di frodi Iva*, in *Riv. giur. trib.*, n. 10/2006, p. 84 ss.; ID., *Sintomatologia delle frodi Iva. L'indirizzo della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Fisc. internaz.*, n. 1/2008, p. 61 e s.; ID., *Iva europea*, Milano, p. 188 ss.; CARDILLO, *Tutela della buona fede e dell'affidamento del soggetto passivo nelle frodi Iva mediante operazioni "carosello"*, nota a Corte Giust. UE, sez. II, sent. del 6 luglio 2006, cause riunite C-439/04 e C-440/04, in *Rass. trib.*, n. 1/2008, p. 235 e ss.; SCALINCI, *Al contribuente che provi di aver diligentemente adottato le cautele del caso e quindi, la propria incolpevole ignoranza della frode Iva, spetta la detrazione dell'imposta assolta sugli acquisti*, nota a Comm. Trib. Prov. di Bari, sez. XVI, 6 maggio 2008, n. 107, in *Giur. merito*, 2008, n. 11, p. 3024.

³⁹ In argomento: Cass., sez. VI pen., 2 maggio 2013, n. 19051. L'art. 19, della legge n. 231/2001 stabilisce la confisca a carico

Dunque, mentre per i reati nazionali l'esclusione delle violazioni finanziarie da quelli presupposto per l'applicazione della l. 231/2001 impedisce la confiscabilità per equivalente del profitto illecito in capo alla persona giuridica ciò non accadrebbe nel caso in cui identici illeciti siano connotati da *transnazionalità*⁴⁰.

3.1. (segue) Effetti sostanziali e procedurali derivanti dalla commissione di reati caratterizzati da transnazionalità. Cenni sul reato transnazionale

Perno della legge 146 citata è la definizione di *reato transnazionale*, contenuta nell'articolo 3 della stessa e frutto della mera trasposizione dell'analoga nozione contenuta nella *TOC Convention*. Gran parte delle disposizioni compendiate nella legge citata è applicabile, infatti, solo in presenza della commissione di reati che il legislatore ha definito transnazionali facendo ricorso a tre distinti parametri che, in quanto sintomatici di un maggior disvalore della condotta criminosa, legittimano un inasprimento di pena e il ricorso a più incisivi strumenti di contrasto.

L'articolo 3 della legge 146 citata considera transnazionale «(...) il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

- sia commesso in più di uno Stato,
- ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato,
- ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
- ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato».

Il primo parametro che è dato evincersi dalla nor-

dell'ente quale conseguenza obbligatoria e automatica del non aver adottato misure adeguate dirette ad impedire la commissione dei reati presupposto elencati nella medesima e fonte di responsabilità amministrativa. Su tale forma di responsabilità si veda, senza pretesa di completezza: GENNAI - TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001; VINCIGUERRA - CERESA CASTALDO - ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004; BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006; CAROPPI - GARUTI - VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010; SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del decreto 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3/2006, p. 7 ss.; CERQUA, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi: principi generali e prime applicazioni giurisprudenziali*, ivi, 2006, p. 149 e ss.

⁴⁰ Negli stessi termini si veda Cass. pen., 15 ottobre 2013, n. 42350. Allorquando un reato fiscale costituisca quello "fine" di una "organizzazione criminale transnazionale" risulterebbe integrato il presupposto per l'applicazione della confisca per equivalente prevista dall'art. 11 della legge 146/2006, anche nei riguardi dell'ente collettivo ove ne ricorrano i presupposti. Si veda, al riguardo: Cass. pen., n. 42350, del 15 ottobre 2013; Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, 18374; Cass., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 11969.

ma è la gravità dell'illecito, giacché si considera transnazionale qualsiasi reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni⁴¹. Si tratta, dunque, di un coefficiente di gravità, predeterminato e non flessibile⁴², espunto direttamente dalla nozione di reato grave contenuta nell'articolo 2 della *TOC Convention* che fornisce definizioni terminologiche di diritto penale legate al complesso fenomeno della criminalità organizzata⁴³. Appare evidente come, con riferimento agli illeciti tributari, il coefficiente di gravità anzidetto ricorra solo nel caso dei delitti di cui agli artt. 2 (Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), 3 (Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), 8 (Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti) e 10 (Occultamento o distruzione di documenti contabili), del Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74⁴⁴. Quanto detto non è sufficiente, comunque, per poter sostenere che tali reati possano astrattamente connotarsi da transnazionalità e rientrare nel campo d'applicazione della legge n. 146, dovendosi avere riguardo, infatti, anche alla struttura di ogni singola fattispecie onde verificarne la compa-

tibilità con gli altri due parametri individuati nell'art. 3 della stessa.

Il secondo parametro, che attiene a profili strettamente soggettivi richiedendo che nella commissione di un *reato grave* «sia coinvolto un gruppo criminale organizzato», è utilizzato anche con riferimento all'aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 4 della legge citata su cui ci si soffermerà nel prosieguo. È da precisare, al riguardo, che la legge n. 146/2006 non fornisce la nozione di “gruppo criminale organizzato”, imponendo uno sforzo ermeneutico per la risoluzione dell'“apparente contrasto” con la fonte convenzionale che, diversamente, vi provvede all'art. 2 citato, in base al quale esso è definito come «un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi... al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»⁴⁵. La nozione di “gruppo criminale organizzato”, pur ricalcando quella di associazione a delinquere fornita dall'art. 416 del c.p., nella parte in cui prevede che la commissione dei delitti avvenga ad opera di tre o più persone, se ne discosta in quanto quest'ultima richiede l'esistenza di un vincolo associativo che presuppone un preventivo accordo tra i sodali nell'esecuzione di un programma criminoso perseguito nel tempo anche dopo la realizzazione dei singoli delitti, oltretutto l'esistenza dell'*affectio societatis* tra i suoi membri e di una struttura organizzativa sia pur rudimentale ma percepibile *ab estrinseco*⁴⁶. La figura di “gruppo criminale organizzato” appare, dunque, una via di mezzo tra quella del concorso nel reato e l'associazione a delinquere, come è stato chiarito dai giudici di legittimità in una recente pronuncia riguardante una ipotesi di transnazionale ci traffico di stupefacenti⁴⁷. Tralasciando in questa sede i dubbi interpretativi sorti anche con riferimento all'utilizzazione del termine “coinvolto”, del tutto inusuale rispetto al lessico penalistico italiano ma senz'altro tale da evocare qualsivoglia forma di riferibilità del fatto-reato all'operatività di un gruppo criminale organizzato⁴⁸, va rilevato che il contributo alla commis-

⁴¹ Mentre per i reati di *partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, riciclaggio, corruzione, intralcio alla giustizia* contemplati dalla Convenzione di Palermo si è fatto ricorso al loro *nomen iuris*, nel caso dei *reati gravi* (definiti dalla stessa all'articolo 2), si è preferito fare ricorso ad elementi caratterizzanti, quali la *transnazionalità* e il *coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato*, per evitare di lasciar fuori dall'ombrello di tutela penale le fattispecie “di nuovo conio”.

⁴² Negli stessi termini: Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, 18374.

⁴³ In base all'art. 2 (“*use of terms*”) della Convenzione il “Gruppo criminale organizzato” indica «un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale» (lett. a); il “Reato grave” «indica la condotta che costituisce un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nel massimo o con una pena più elevata» (lett. b); il “Gruppo strutturato” «indica un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata» (lett. c); i “beni” «indicano ogni tipo di averi, corporali o incorporali, mobili o immobili, tangibili o intangibili, nonché atti giuridici o documenti attestanti la proprietà di, o interessi in, tali averi» (lett. d); il “Provento del reato” «indica qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato» (lett. e); ed infine il “Congelamento o sequestro” indicano «l'interdizione temporanea del trasferimento, della conversione, cessione o movimento dei beni, o la custodia o il controllo temporanei dei beni conformemente ad un provvedimento emesso da un tribunale o altra autorità competente» (lett. f).

⁴⁴ Affinché uno dei citati reati possa essere considerato *transnazionale* occorre, oltre all'integrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, che nella sua commissione sia coinvolto un gruppo criminale organizzato nonché che venga commesso con una delle quattro modalità elencate nel comma 1, dell'art. 3, della l. 146/2006.

⁴⁵ Sulla definizione di *gruppo criminale strutturato* cfr. CARRI, *La lotta alla criminalità organizzata secondo la Convenzione di Palermo*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, Firenze, LXXX, n. 7, p. 987 ss., secondo la quale tale espressione si riferisce ad un gruppo che «non si è costituito occasionalmente per commettere immediatamente un'infrazione e che non ricopre necessariamente dei ruoli ben definiti per i suoi membri, né si contraddistingue per la continuità della sua composizione, ma risponde ad una funzione che ha una durata nel tempo allo scopo di commettere un'infrazione grave per conseguire direttamente o indirettamente un vantaggio materiale; quindi l'espressione “gruppo strutturato” viene utilizzato in senso ampio, tale da includere sia i gruppi con una struttura gerarchica piramidale ben definita, sia i gruppi i cui ruoli non sono prefissati in modo formale e si adattano alle esigenze del momento».

⁴⁶ Cfr.: Cass., sez. I, 25 febbraio 1989, n. 3163.

⁴⁷ Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374.

⁴⁸ Così Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, citata, per

sione del reato grave può essere offerto sia da uno o più dei partecipi del gruppo, in funzione della realizzazione del programma criminoso, oppure come semplice vantaggio che ne deriva al sodalizio per l'attività criminosa posta in essere da un terzo.

L'ultimo parametro, desumibile dal comma 1 dell'articolo citato, è invece variabile, prevedendosi quattro criteri topografici, alternativi tra loro, che mettono in risalto il carattere transnazionale di un reato, il quale può connotarsi di tale predicato solo ove venga «commesso in più di uno Stato o anche in uno solo purché una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione e controllo» sia svolta in uno altro Stato, ovvero allorché il reato sia commesso in uno Stato ma «sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, e infine quando sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato». È evidente che simili ipotesi ricorrono ogni qual volta la commissione di un delitto travalica, sotto uno o più profili, l'elemento territoriale con riferimento al quale uno Stato può esercitare la sua sovranità in ambito penale⁴⁹.

Orbene, la fattispecie che definisce il "reato transnazionale", pur essendo sostanzialmente priva di autonomi contenuti sanzionatori e prima ancora precettivi, è foriera, come poco sopra anticipato, di rilevanti effetti sostanziali e processuali ricavabili dalle disposizioni compendiate nella stessa legge 146. Per quanto riguarda gli effetti processuali, merita di essere menzionata, in questa sede, l'attribuzione al Procuratore distrettuale antimafia delle stesse competenze conferite in tema di misure di prevenzione personali e patrimoniali⁵⁰ al procuratore della Repubblica ed al Questore (art. 13), nonché l'estensione dei poteri d'indagine del pubblico ministero «nel termine e ai fini di cui all'articolo 430 del codice di procedura penale» allo scopo di assicurare la piena confisca dei proventi dell'attività illecita (art. 12). Per quanto riguarda gli effetti sostanziali, meritano di

le quali il termine *coinvolto* sarebbe frutto di una mera trasposizione letterale del termine *involving*, utilizzato nel testo convenzionale «con una significazione volutamente generica, capace di compendiare, proprio per ampiezza di formulazione, diversi modelli ordinamentali di incriminazione del fenomeno *lato sensu* associativo, *l'association de malfaiteurs*, propria dei sistemi di *civil law*, l'associazione per delinquere di stampo mafioso, tipicamente italiana, e la *conspiracy*, tradizionale strumento di contrasto giudiziario alla criminalità organizzata nei sistemi penali di common law, in cui è, notoriamente, meno netta la distinzione tra concorso di persone e fattispecie associative».

⁴⁹ Con riferimento all'elemento territoriale infatti, è stato autorevolmente osservato (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1989, p. 113) che nei casi di reati commessi all'estero, tanto dal cittadino che dallo straniero, l'applicabilità della legge penale interna richiede «come condizione essenziale, che il reo sia presente nel territorio italiano, perché solo tale circostanza giustifica l'intervento dello Stato, trattandosi di reati che non offendono immediatamente interessi pubblici».

⁵⁰ Ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575 e, in particolare, degli artt. 2-*bis*, comma 1, 4 e 6, 2-*ter*, comma 2, 6 e 7, 3-*quater*, comma 1 e 5, nonché 10-*quater*, comma 2.

essere richiamate le significative ricadute sanzionatorie derivanti dalla commissione di un *transnational crime*, tra cui figura la circostanza aggravante *speciale* di pena nelle ipotesi di coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato nella commissione di un reato grave e la confisca speciale obbligatoria, anche per equivalente, rispettivamente previste dagli artt. 4 e 11 della legge citata e su cui ci si soffermerà nel prosieguo. In tutti i casi si tratta, come correttamente evidenziato dai giudici di legittimità, di "effetti a cascata" che derivano dalla qualificazione di un fatto reato come transnazionale il quale assume maggior rilievo «rispetto ad una identica forma delittuosa priva di siffatta caratterizzazione»⁵¹, anche laddove quest'ultima abbia prodotto conseguenze deteriori. Il riferimento è, non a caso, a quei reati tributari che, pur essendo privi di tale caratterizzazione, abbiano prodotto rilevanti danni erariali, rispetto a quelli che abbiano consentito locupletazioni di gran lunga più esigue ma siano connotati da transnazionalità. Soltanto in quest'ultimo caso, infatti, è possibile applicare l'ipotesi speciale di confisca obbligatoria, anche nella forma per equivalente, e disporre, a tal fine, dell'estensione dei poteri d'indagine del pubblico ministero, consentendo al giudice di comminare un pena superiore sulla base dell'aggravante ad effetto speciale prevista dall'articolo 4, della legge 146 citata.

4. L'ipotesi speciale di confisca per equivalente prevista per i reati transnazionali

L'art. 11 della citata legge n. 146 contempla un'ipotesi speciale di confisca obbligatoria e confisca per equivalente: si tratta di una ipotesi speciale⁵² in

⁵¹ Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374.

⁵² Alla ipotesi "generale" di confisca c.d. "obbligatoria", disciplinata dal comma 2, numeri 1 e 2, dell'art. 240 del c.p. (prevista per le cose «che costituiscono il prezzo del reato» e quelle delle quali «la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione» costituisce reato), se ne aggiungono altre, previste da disposizioni di diritto comune e speciali. Tra le prime, si veda l'art. 335-*bis* del c.p. (Disposizioni patrimoniali) applicabile obbligatoriamente ai delitti previsti nel Capo I, Titolo II, libro secondo del c.p. (dei "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"); art. 416-*bis*, comma 7 del c.p., relativo alla confisca obbligatoria dei proventi mafiosi; art. 644 del c.p. (usura), il quale prevede all'ultimo comma che, nel caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità (anche per interposta persona) per un importo corrispondente al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, fatti salvi i diritti della persona offesa dal reato alla restituzione e al risarcimento dei danni; art. 722 c.p. (confisca del denaro usato in "giochi d'azzardo e degli arnesi da gioco"). Tra le ipotesi speciali di confisca obbligatoria si possono ricordare, senza pretesa di completezza: l'art. 12, l. n. 27 del 3 gennaio 1951 (di modifica alla legge n. 907, del 17 luglio 1942, "sul monopolio del sale e dei tabacchi") ed art. 301, del d.P.R. n. 43, del 32 gennaio 1973 (T.U. delle leggi doganali), relativi alla confisca delle cose che servirono a commettere il reato, o che ne sono il prodotto, il profitto o l'oggetto; art. 2-*ter*, della l. 31 maggio 1965 (aggiunto dall'art.

quanto è applicabile solo in conseguenza della commissione di reati che posso definirsi transnazionali ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge. L'articolo

14, della l. 13 settembre 1982, n. 646, modificato dalla l. 19 marzo 1990, n. 55), relativo alla "confisca dei beni dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza"; art. 3-*quinquies*, della l. 31 maggio 1965 (inserito dal d.l. 8 giugno 1992, convertito con modifiche in l. 7 agosto 1992, n. 356), relativo alla "confisca dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego"; artt. 74, 100 e 101 del d.P.R. n. 309, del 9 ottobre 1990 (T.U. delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), riguardanti, rispettivamente l'«associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope», le «destinazioni dei beni sequestrati o confiscati a seguito di operazioni antidroga», le «destinazioni dei valori sequestrati o confiscati a seguito di operazioni antidroga»; art. 12, del d.lgs. n. 286, del 25 luglio 1998 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione clandestina e norme sulla condizione dello straniero), recante Disposizioni contro le immigrazioni clandestine; art. 18-*bis*, del d.lgs. n. 124, del 21 aprile 1993 in materia di esercizio abusivo dei fondi pensione, il quale prevede la confisca obbligatoria delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato; art. 127, comma 4, del d.lgs. n. 490 del 29 ottobre 1999 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali), il quale dispone che è sempre ordinata la confisca degli esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti di antichità o di interesse storico od archeologico, salvo che si tratti di cose appartenenti a persone estranee al reato; art. 44 del d.lgs. n. 504, del 16 ottobre 1995 (T.U. delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative) il quale stabilisce la confisca – secondo le disposizioni legislative vigenti in materia doganale – dei prodotti, delle materie prime e dei mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni di sottrazione all'accertamento o al pagamento dell'accisa sugli oli minerali (art. 40), di fabbricazione di alcole e di bevande alcoliche (art. 41) e di associazione nella fabbricazione di queste ultime (art. 43); art. 12 *sexies*, del d.l. n. 306, dell'8 giugno 1992, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 (e d.l. 20 giugno 1994, n. 399, convertito nella L. 8 agosto 1994, n. 501), sulla confisca obbligatoria di valori ingiustificati, il quale prevede che, nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per taluno dei delitti previsti dagli artt. 416-*bis*, 629, 630, 644, 644-*bis*, 648 (esclusa la fattispecie di cui al secondo comma), 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale, nonché dell'art. 12-*quinquies*, comma 1, del decreto legge n. 306/1992 citato, o anche per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale «è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica». In ultimo, merita di essere citata la confisca obbligatoria prevista dall'art. 19, del d.lgs. n. 231, dell'8 giugno 2001, sulla Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, con riguardo al quale si vedano anche le disposizioni sulla confisca contenute negli artt.: 6, comma 5; 9, comma 1, lett. c); 15, comma 4; nonché 17, comma 1, lett. c).

11 citato contempla, in estrema sintesi, due ipotesi ablatorie: la confisca per equivalente per la generalità dei reati transnazionali, sulla quale ci si soffermerà, nonché quella applicabile nel caso specifico dell'usura.

La prima parte dell'art. 11 citato stabilisce che, nel caso di reati transnazionali, qualora non sia possibile procedere alla confisca «delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato», il giudice deve ordinarla «sulle somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo». Tale misura ablatoria, ausiliaria rispetto ad analoghe forme tradizionali, richiede un presupposto applicativo che è ricorrente nella legislazione penalistica interna in tema di confisca per equivalente, e cioè l'impossibilità, anche transitoria o comunque non irreversibile, di poter procedere alla cosiddetta "confisca diretta" del prezzo, prodotto e profitto del reato. Rispetto ad analoghe forme di confisca anche quella *speciale* in esame assume identica funzione semplificatoria della prova della sussistenza di un rapporto di stretta pertinenzialità tra la *res* confiscanda e il reato commesso.

Ciò che invece differenzia lo strumento ablatorio disegnato dalla *TOC Convention*, e quasi integralmente recepito dalla legge di ratifica 146 citata⁵³, è l'ampiezza dell'oggetto su cui essa può legittimamente essere disposta potendo essere commisurata all'entità di qualsivoglia derivato di un reato. La disposizione, infatti, fa riferimento sia al prezzo⁵⁴, sia al profitto⁵⁵

⁵³ La normativa pattizia internazionale aveva richiesto agli Stati parte di prevedere strumenti di ablazione dei proventi dei reati «nella più ampia misura possibile nell'ambito dei loro ordinamenti giuridici interni» anche nei casi di trasformazione o confusione del provento illecito con beni di fonte lecita. Ciò non soltanto per i reati *transnazionali* ma per tutti quelli contemplati dalla Convenzione di Palermo.

⁵⁴ Per *prezzo* del reato deve intendersi quanto pattuito e conseguito da un soggetto quale corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito, cioè la dazione che il reo riceve per delinquere. In giurisprudenza si veda *ex pluribus* Cass., sez. un., 25 ottobre – 22 novembre 2005, n. 41936. Si veda inoltre: Cass., 24 settembre 1998, n. 10456 che ha escluso che possa configurare prezzo del reato la cosa incautamente acquistata; Cass., 6 aprile 1998, n. 6644 che ha escluso da tale nozione le somme ricavate dalla cessione di terreni lottizzati abusivamente.

⁵⁵ Per *profitto* del reato deve intendersi l'utile, ottenuto immediatamente (e per taluni autori, anche mediamente) a seguito della commissione di un reato, diverso dal corrispettivo. Il *profitto* può consistere, dunque, sia in un accrescimento del patrimonio del reo sia in una sua mancata depauperazione e avere ad oggetto ogni utilità o vantaggio che sia in relazione causale con l'attività illecita svolta. Dunque, anche l'illecito risparmio di imposte sembrerebbe rientrare in tale nozione. In quest'ultimo senso cfr. MARCHESSELLI, *Le attività illecite tra fisco e sanzione*, Padova, 2001, p. 91. Sulle nozioni di *prezzo* e *profitto* del reato la dottrina è sterminata. Si rimanda, tra gli altri a: TRAPANI, voce *Confisca*, II, *Diritto penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988; DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza*, in *Giur. Sist. Dir. pen.*, Codice

ma anche al prodotto⁵⁶ del reato, dovendosi intendere per quest'ultimo tutto ciò che empiricamente discende da un crimine. È evidente che, rispetto alle altre ipotesi di confisca contemplate dal nostro ordinamento, la misura ablatoria prevista per i reati transnazionali si contraddistingue per l'estrema ampiezza delle utilità illecite che può raggiungere purché di esse, ed è questo un tratto comune con altre pur similari, ne sia certa l'esistenza. Al riguardo, la riferibilità di un reato transnazionale ad un gruppo criminale organizzato ha ingenerato qualche perplessità tra gli studiosi proprio sull'individuazione del profitto confiscabile, potendo questo riferirsi a quello conseguito dall'organizzazione medesima ovvero ai reati fine di volta in volta perseguiti dalla stessa. I giudici di legittimità hanno affrontato la questione proprio con riferimento ad una ipotesi transnazionale di associazione a delinquere finalizzata alla frode fiscale e al successivo riciclaggio, anch'esso transnazionale, dei valori derivanti da quest'ultima⁵⁷. La Suprema Corte ha ritenuto che il profitto del reato transnazionale da assoggettare a confisca per equivalente, ai sensi dell'art. 11 della legge 146/2006, fosse da individuare nelle somme di denaro costituenti il provento dei reati fine dell'associazione, dunque quelle frutto delle frodi fiscali che nella fattispecie era coincidenti con l'IVA non versata all'E-rario, nonché dei reati presupposto del riciclaggio. La Suprema Corte ha tuttavia osservato, nella medesima pronuncia, che il *tandundem* da confiscare coincideva nella fattispecie anche con il profitto del reato associativo essendo riferibile anche al sodalizio criminoso quello ricavato dalla commissione dei singoli reati fine. Le condivisibili osservazioni dei Supremi giudici consentono di poter affermare che il prezzo, il prodotto o il profitto dei reati transnazionali, confiscabili per equivalente con la misura speciale prevista dall'art. 11 citato, non è detto che coincidano con le ricchezze conseguite dal gruppo criminale organizzato potendo questo commettere nell'ambito del proprio programma criminoso anche reati che, difettando di uno o più parametri individuati dal legislatore nell'articolo 3 della legge 146 citata, non possono essere considerati transnazionali⁵⁸.

penale - parte generale, III, diretta da F. BRICOLA e V. ZAGREBELSKY, Torino, 1984; CELENTANO, *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni*, in *Nuove forme di aggressione dei profitti del reato e le misure di prevenzione. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Anno 1998, n. 104, Roma, pp. 95 e ss. In giurisprudenza si veda *ex plurimis*, Cass. pen., sez. un., 17 ottobre 1996, n. 9149; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Il Fisco*, 2004, p. 7355; Cass., sez. II, 24 settembre 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3126; Cass., sez. III, 10 febbraio 2000, *ivi*, 2001, p. 1789.

⁵⁶ Sulla nozione di prodotto, per tutte: Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654.

⁵⁷ Cass., sez. III, 24 marzo 2011, n. 11970. Nella stessa direzione: Cass., sez. II, 29 ottobre 2012, n. 42120.

⁵⁸ Perché ad esempio, non rientranti nella nozione di *reato grave* in quanto aventi una pena nel massimo inferiore a quattro anni.

Mentre l'art. 11 della legge citata appare ricalcare, dunque, l'art. 322-ter c.p. nella parte in cui esige, quale indefettibile presupposto applicativo, l'impossibilità di procedere alla confisca cosiddetta diretta, se ne differenzia per l'oggetto su cui la misura ablatoria deve insistere, in quanto quest'ultima norma impone al giudice di ordinarla solo sui beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato e qualora ciò non sia possibile sui beni nella disponibilità del reo per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto⁵⁹. In entrambi i casi si è comunque di fronte a misure sanzionatorie assimilabili ad una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti⁶⁰ che impone il loro assoggettamento al regime garantistico di irretroattività, fermo restando che, allorché disposte nella forma per equivalente, potranno colpire anche beni che siano entrati a far parte lecitamente del patrimonio del reo in un momento antecedente alla commissione dei reati che ne costituiscono il presupposto applicativo⁶¹.

Ma vi è di più. L'art. 11 citato, laddove impone al giudice l'obbligo di ordinare la confisca nei casi di reati transnazionali, aggiunge qualcosa in più rispetto ad altre analoghe misure ablatorie stabilite per gli illeciti che non abbiano siffatta connotazione, disciplinando l'ipotesi di interposizione fisica o giuridica nella relazione tra il reo ed i beni o le altre utilità da sottoporre a tale misura. Si tratta, dunque, della codificazione del principio consolidatosi in tale ambito in giurisprudenza e ribadito da ultimo, come si è accennato poco sopra, dalle Sezioni Unite della Cassazione nella nota pronuncia sull'inapplicabilità della confisca di valore a soggetti terzi rispetto alla reo, secondo cui ove quest'ul-

È il caso, ad esempio di un gruppo criminale organizzato che, a *latere* dei delitti di frode fiscale o di riciclaggio dei proventi derivanti da questi ultimi, commetta anche altri delitti tributari di minore gravità ovvero societari.

⁵⁹ Le parole "o profitto" sono state inserite dall'art. 1, c. 75, della l. 6 novembre 2012, n. 190.

⁶⁰ Cass., sez. un. pen., 22 novembre 2005, n. 19/41936; Cass., sez. III, 1 aprile 2004, n. 15445; Cass., sez. VI, 29 marzo 2006; Cass., 26 luglio 2007, n. 30543 citate. Sulla natura sanzionatoria di tale misura si veda, oltre alle pronunce sopra richiamate: Cass., sez. II, 8 maggio 2008, n. 21566; Cass., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39173; Cass., sez. VI, n. 18 febbraio 2009, n. 13098.

⁶¹ In virtù del principio solidaristico che informa la disciplina del concorso di persone nel reato, ciascun concorrente può essere chiamato, inoltre, a rispondere dell'intera entità del profitto accertato in virtù del presupposto della corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito. Una volta che sia dispersa l'individualità del profitto illecito, tale misura ablatoria, nella forma per equivalente, può interessare indifferentemente ciascuno dei correi, fatta salva l'ipotesi di riparto (eventuale) tra i medesimi del relativo onere il quale, ai fini penalistici, è irrilevante (Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 2011, n. 15167). Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, giacché ha natura provvisoria, può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti nel reato, anche per l'intera entità del profitto, del quale ne sia accertata l'esistenza, sebbene la misura sanzionatoria e definitiva della di confisca non possa essere duplicata o comunque superare nel *quantum* l'ammontare dello stesso profitto (Cass. pen., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740).

timo abbia “schermato” i propri beni facendo ricorso ad una persona giuridica la confisca per equivalente può colpire anche i beni di quest’ultima. Va detto, inoltre, con riguardo alla relazione tra reo e beni o utilità da sottoporre a confisca nella forma per equivalente, che l’art 11 citato non solo sembra accogliere una nozione lata di disponibilità, ma manca anche di ogni riferimento all’eventuale appartenenza dei beni da confiscare a terzi estranei alla commissione del reato, che costituisce, invece, condizione preclusiva all’applicazione della confisca *ex art. 322-ter c.p.*⁶², la quale intende tutelare – al pari di altre misure ablatorie speciali – il legittimo affidamento di terzi incolpevoli⁶³ che possono ve-

dersi privati di averi che gli appartengono per fatto altrui^{64 65}.

5. La circostanza aggravante ad effetto speciale prevista dall’articolo 4 della legge n. 146/2006

La maggiore insidiosità dei reati collegati a contesti criminali transnazionali rispetto ad analoghi privi di tale connotazione è la *ratio* ispiratrice dell’aggravante ad effetto speciale di cui all’articolo 4 della legge di ratifica della *TOC Convention*, in base alla quale «per i reati puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà»⁶⁶. Tale disposizione prevede una circostanza speciale ad effetto speciale giacché comportante un incremento sanzionatorio della pena da irrogare ai reati alla cui commissione abbia contribuito un gruppo criminale organizzato con “proiezione” transnazionale. La norma appare ricalcare, in buona sostanza, l’ipotesi di cui alla lettera c), del comma 1, dell’art. 3 della medesima legge, su cui è stata essenzialmente modulata, che individua nella implicazione di «un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato» uno dei parametri da cui discende la natura transnazionale di un reato grave allorquando venga commesso solo in uno Stato.

Il secondo comma dell’art. 4, invece, prevede l’applicazione del comma 2, dell’art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152⁶⁷, convertito, con modificazioni, dalla leg-

⁶² Si tratta, in realtà, di due condizioni “eccezionali” che escludono la confisca: da un lato, in tale disposizione comune si richiede l’esistenza di una relazione, giuridicamente rilevante, tra la cosa ed il soggetto “terzo”, dall’altro, l’assoluta estraneità al reato di quest’ultimo. Può esser considerato tale, infatti, non soltanto chi non abbia in alcun modo preso parte all’attività criminosa del reo ma anche chi non abbia tratto da quest’ultima alcun beneficio, diretto o indiretto. In giurisprudenza cfr.: Cass., sez. I, n. 7855, del 6 luglio 1988. In dottrina si veda, *inter alia*: CAPOLUPO, *Estesa ai reati fiscali la confisca per equivalente*, in *Il fisco*, 2008, p. 585 e ss. Sulla locuzione *terzi estranei* al reato cfr. Cass., sez. III, 20 maggio 2003, n. 22038, in *Cass. pen.*, 2005, p. 559 e ss., in particolare p. 568 per la quale «detta locuzione deve essere interpretata in senso restrittivo, includendo fra i soggetti collegati al reato quelli che in via indiretta o diretta abbiano tratto un qualche profitto dall’illecito penale senza necessità che sia stato instaurato nei loro confronti un procedimento penale». Per quel che concerne, invece, la nozione di “appartenenza”, l’interpretazione prevalente fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza è nel senso che essa debba identificarsi non solo nell’esistenza di un diritto di proprietà su di un bene ma anche di ogni altro diritto reale di garanzia o di godimento. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, infatti, conciliabile la confisca dei beni del condannato gravati da diritti altrui. Sul punto vd. Cass., sez. I, 12 maggio 1987, n. 175971; Cass., sez. II, 17 ottobre 1984, in *Giust. pen.*, 1985, III, 492. Per una esaustiva rassegna giurisprudenziale e dottrinale, si rinvia, tra gli altri, a CIPOLLA, *I limiti soggettivi alla confiscabilità delle opere di pittura, scultura e grafica, provenienti da falsificazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 2, p. 568 e ss.; ID., *L’appartenenza a persona estranea al reato come causa di preclusione della confisca di falsi d’arte, tra prassi giurisprudenziale e oscillazioni interpretative*, in *Giur. Merito*, 2008, 6, p. 1699. In dottrina, sulla nozione di “appartenenza”, nel senso di titolarità di un diritto avente ad oggetto un bene vd. CHIAROTTI, *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1956, II, p. 82; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile - processo di esecuzione*, Padova, 1929, p. 173; nel senso di potere di disporre di una cosa vd. PUNZO, *L’appartenenza del denaro o della cosa alla Pubblica Amministrazione quale elemento differenziale tra peculato e malversazione*, in *Giust. pen.*, 1951, II, p. 943; NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, p. 157. Minoritaria, invece, la dottrina per la quale il termine “appartenenza” nel diritto penale, si identifica nel diritto di proprietà sulla cosa, vd. LOZZI, *L’appartenenza nel diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1958, p. 713 e segg.; GUARNIERI, voce *Confisca*, in *Nuoviss. Dig. It.*, Torino, IV, p. 42.

⁶³ Principio pacifico nell’ordinamento. Sul punto Vd. Cass., 11 febbraio 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p. 638; Cass., 29 ottobre 2003, in *Gius.*, 2004, p. 1004; Cass., 16 febbraio 2000, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2770.

⁶⁴ Cfr. Cass., sez. III, 20 maggio 2003, n. 22038, secondo cui «sia in base a detto principio sia a quello di affidamento e di circolazione giuridica dei beni mobili detta appartenenza deve avvenire in seguito ad un acquisto effettuato in buona fede, giacché la limitazione della confisca obbligatoria ed incondizionata serve solo a tutelare il terzo incolpevole, secondo quanto... evidenziato dalla Consulta (C. cost. n. 229 del 1974 e n. 1 del 1997)». Si veda, inoltre, Cass., sez. un., 28 aprile 1999, BACCHEROTTI, in *Foro. it.*, 1999, II, p. 580 relativa alla confisca *ex art. 644 cp*, ma riferibile, in linea generale, anche ad altre ipotesi speciali, secondo cui gli eventuali diritti di garanzia, gravanti sul bene, non risultano pregiudicati dalla misura ablatoria *de qua* anche quando i loro titolari «abbiano tratto oggettivamente vantaggio dall’altrui attività criminosa» sempre che «riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole». Sulla tutela dei terzi in buona fede cfr. CASSANO, *Confisca antimafia, tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2165.

⁶⁵ Anche sulla base di un *trend* giurisprudenziale della Consulta. Sul punto cfr.: C. cost. n. 2 del 1987, concernente la dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dell’art. 66, della legge n. 1089 del 1939, laddove si prevedeva la confisca obbligatoria delle cose di interesse artistico e storico esportate abusivamente ed appartenenti a terzi estranei al reato, anche ove non emergesse un difetto di vigilanza sulle stesse; C. Cost., n. 1 del 1997 e n. 78 del 2001, rispettivamente in tema di contrabbando e di mezzo di trasporto utilizzato per commettere reati di immigrazione clandestina.

⁶⁶ Sulla *ratio* della disposizione in giurisprudenza si veda: Cass., sez. VI, 5 febbraio 2010; Cass. Pen., 28 maggio 2014, n. 21755. In dottrina cfr. ARTUSI, in *Dig. disc. pen.*, agg. 2011, p. 452 e ss.

⁶⁷ L’art. 7, del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con mo-

ge 12 luglio 1991, n. 203, in base al quale le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale⁶⁸, che siano concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, dell'art. 7 del d.l. citato «non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante». In buona sostanza, per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, nella commissione dei quali abbia dato il contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più Stati, le circostanze attenuanti non possono essere ritenute né equivalenti e né tanto meno prevalenti su quelle che ne aggravano la pena ai sensi del comma 1, dell'art. 7 del d.l. citato (cioè quando nella commissione del reato ci si è avvalsi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di cui al medesimo articolo). Viene così enunciato un principio di prevalenza assoluta dell'aggravante in questione sulle attenuanti, applicabile ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della *TOC Convention*, vale a dire dal 1° settembre 2006⁶⁹. Nella quantificazione della pena, inoltre, il giudice dovrà procedere prima all'applicazione delle eventuali aggravanti e, nei limiti di queste, operare le decurtazioni conseguenti all'esistenza di eventuali attenuanti: viene ad essere stabilito, dunque, un limite massimo entro il quale è possibile ottenere una diminuzione di pena.

La compatibilità dell'aggravante speciale *de qua* con il delitto associativo di cui all'art. 416 c.p., dibattuta in giurisprudenza⁷⁰, è stata recentemente affermata dalle

dificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 prevede che «per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà (1° comma – N.d.A.). Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante (2° comma – N.d.A.).»

⁶⁸ In base all'art. 98 c.p.: «è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità di intendere e di volere; ma la pena è diminuita (1° comma – N.d.A.). Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori (2° comma – N.d.A.).»

⁶⁹ Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 2010, n. 16821.

⁷⁰ Un primo orientamento (Cass., sez. V, 21 gennaio 2011, n. 1937) ha ritenuto che l'aggravante *speciale* ad effetto speciale ex art. 4, della l. n. 146/2006, fosse incompatibile con il reato associativo (nella fattispecie l'art. 74, del d.P.R. 309/90) «ma può accedere ai reati costituenti la diretta manifestazione dell'attività del gruppo criminale organizzato, ossia ai cosiddetti reati fine dell'associazione ovvero ai reati alla cui realizzazione il gruppo

Sezioni Unite della Cassazione⁷¹, le quali la hanno circoscritta al caso di non coincidenza del gruppo criminale organizzato con l'associazione a delinquere stessa e quando le condotte di ciascun sodalizio conservino reciproca autonomia⁷². Secondo le SS.UU., infatti, non vi sarebbe alcuna ragione, né di ordine logico sistematico e né testuale, per poter escludere l'applicazione dell'aggravante speciale di cui all'art. 4 oltre che ai reati fine del sodalizio anche al reato associativo. Tale aggravante, infatti, si applica allorché alla commissione di un reato grave, ovunque essa avvenga, abbia dato un contributo un gruppo criminale organizzato operante in più Stati, così come definito dall'art. 2 della Convenzione contro il Crimine Organizzato Transnazionale, il quale si pone, secondo il Supremo consesso, tra la semplice figura del concorso di persone nel reato, rispetto alla quale ha qualcosa in più, e l'associazione a delinquere, rispetto alla quale ha, dunque, qualcosa in meno. Di conseguenza, la non coincidenza del gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più Stati con l'associazione a delinquere, a beneficio della quale esso offre però un contributo, consente l'applicazione dell'aggravante speciale al reato associativo⁷³.

abbia fornito un contributo causale». In pronunce più recenti (Cass., sez. III, 26 giugno 2012, n. 11969; Id., 24 febbraio 2011, n. 11969; Id., 14 luglio 2010, n. 35465; Id., 14 gennaio 2010, n. 10976; Cass., sez. I, 6 giugno 2012, n. 31019) si è ritenuto, invece, che la circostanza aggravante di cui all'art. 4 della legge citata «è configurabile in riferimento al delitto di associazione per delinquere anche qualora questo venga consumato interamente in Italia, giacché per l'operatività dell'aggravante in questione non è necessario che il reato venga commesso anche all'estero, essendo invece sufficiente che alla sua realizzazione concorra un gruppo dedito ad attività criminali a livello internazionale» (Cass., sez. V, 17 gennaio 2012, n. 1843).

⁷¹ Nella sentenza n. 18374 del 31 gennaio 2013, in *Dir. pe. proc.*, 2013, p. 793 ss. con commento di FASANI.

⁷² Al punto 7.9 della motivazione della sentenza delle SS.UU., n. 18374 del 31 gennaio 2013, ripresa anche in una più recente sentenza della Cassazione penale, n. 21755 del 28 maggio 2014, si legge che «per offrire contezza al maggior disvalore insito nell'aggravante derivante dall'essersi avvalsi, per la commissione di un reato, del contributo offerto da “un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato” occorre postulare una necessaria autonomia tra la condotta che integra il reato “comune” e quella che vale a realizzare il “contributo” prestato dal gruppo “transnazionale”, giacché ove i due fatti si realizzassero reciprocamente all'interno di una sola condotta, mancherebbe la ragion d'essere per ipotizzare la diversa – e più grave – lesione del bene protetto. Si avrebbe, in tale ipotesi, un'unica associazione per delinquere “transnazionale”, ossia una fattispecie complessa, secondo il paradigma dell'art. 84 c.p., comma 1, in cui la circostanza aggravante – corrispondente, del resto, alla previsione del precedente l. n. 146 del 2006, art. 3, lett. c), verrebbe a porsi come elemento costitutivo del reato associativo transnazionale. Si tratterebbe, però, non già di un'autonoma fattispecie di reato – non prefigurata dal legislatore della novella e neppure enucleabile in via ermeneutica – bensì di una “ordinaria” associazione per delinquere cui inerisce lo speciale connotato della transnazionalità, con ogni consequenziale implicazione».

⁷³ Cass. pen., sez. III, 4 dicembre 2013, n. 7768, secondo cui l'aggravante speciale di cui all'articolo 4 può trovare applicazio-

Infatti, se alla condotta associativa se ne affianchi una ulteriore, consistente nel contributo di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività in più Stati, che pertanto consenta al sodalizio di estendere le proprie potenzialità in ambito internazionale, è innegabile che il reato base «assuma dei connotati di intrinseca maggiore pericolosità, tale da giustificare l'applicazione dell'aggravante in questione»⁷⁴.

6. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto sin qui detto appare evidente che il predicato della transnazionalità, attribuibile ad un qualsiasi reato grave ove ricorrano le condizioni elencate nell'art. 3 della legge 146 citata, riverbera effetti "a cascata" di natura procedimentale e sostanziale di non poco momento, potendo dar luogo non solo alla confisca, anche per equivalente nei confronti del reo e della persona giuridica a questi "riconducibile", dei profitti illeciti conseguiti tanto dal gruppo criminale organizzato e tanto dagli autori degli illeciti alla cui realizzazione quest'ultimo abbia contribuito, ma anche ad un aggravamento di pena che, solo entro certi limiti, è sensibile alle eventuali circostanze attenuanti. È evidente, altresì, che l'aggravante speciale in parola possa trovare applicazione anche in conseguenza della commissione di reati tributari in forma associativa ogni qual volta il sodalizio si avvalga, anche in modo estemporaneo, del contributo di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato. Tale deve intendersi, infatti, secondo quanto chiarito dalla recente giurisprudenza di legittimità⁷⁵, un consesso che, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, si pone tra la semplice figura del concorso e la più complessa fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p. Si pensi, dunque, a quelle organizzazioni criminali, non necessariamente strutturate o complesse, che mettono a disposizione servizi utili o di supporto alle frodi tributarie commesse da altre associazioni, come nel caso di quelle che "procacciano" cartiere da inserire in frodi tipo carosello o ancora di quelle che curano l'acquisizione di pacchetti di controllo di *foreign companies* (spesso in quanto beneficiarie di regimi fiscali privilegiati statali o di settore) o società *off shore* per agevolare la commissione di

analoghi illeciti. In tal caso, ove siano configurabili, da un lato, un gruppo criminale organizzato e, dall'altro, un'associazione a delinquere finalizzata alla frode fiscale⁷⁶, il contributo offerto dal primo sodalizio risulterà strutturalmente diverso dalla condotta del reato fine dell'associazione. Di conseguenza, al reato associativo di frode fiscale sarà applicabile un aumento di pena da un terzo alla metà, per effetto dell'aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 4, della legge n. 146/2006, ed i beni e le altre utilità nella disponibilità degli autori di esse potranno confiscati in misura equivalente al profitto illecitamente conseguito ove quest'ultimo non possa essere direttamente appreso. Appare evidente, come correttamente osservato dai Supremi giudici che hanno auspicato a gran voce l'inserimento dei reati tributari tra quelli presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, che l'attuale assetto normativo presenta evidenti profili di irrazionalità, non solo perché le persone giuridiche possono divenire lo strumento per sottrarre alla luce del sole ricchezze alla misura della confisca per equivalente, attraverso l'intestazione ad esse di beni non direttamente riconducibili al profitto del reato, ma anche perché le ricadute sanzionatorie per i reati connotati da transnazionalità risultano sensibilmente peggiori rispetto a quelle di identiche fattispecie prive di siffatta caratterizzazione ma che abbiano prodotto per l'Erario conseguenze di gran lunga deteriori.

ne anche quando il gruppo criminale organizzato, operante in più di uno Stato, presta il suo contributo alla commissione di un reato associativo solo a condizione che non ricorrano elementi di "immedesimazione" fra le due strutture criminose. Nello stesso senso: Cass. pen., sez. VI, 2 luglio 2013, n. 31972.

⁷⁴ Così Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374; Cass. pen., 28 maggio 2014, n. 21755 cit.

⁷⁵ SS.UU., n. 18374 del 31 gennaio 2013, citata, secondo cui il *gruppo criminale organizzato* definito dall'art. 2, punti a) e c) della *TOC Convention*, sarebbe caratterizzato dalla stabilità di rapporti fra gli adepti, da un minimo di organizzazione senza formale definizione dei ruoli tra i partecipi, dalla non occasionalità o estemporaneità della stessa, nonché dalla costituzione in vista anche di un solo illecito e per il conseguimento di un vantaggio finanziario o materiale.

⁷⁶ Anche laddove composta da associati che operano in paesi diversi (Cass. pen., sez. III, 26 giugno 2012, n. 27413), ovvero nel caso in cui il reato associativo venga commesso anche all'estero (Cass. pen., sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843).

I rapporti tra processo tributario e fallimento*

abstract

The contribution analyse the effects of the declaration of bankrupting on tax trial, with particular regard to bankrupt trustee's position, to him interrelationships with insolvent in the tax trials and to the limits of the trial action of the bankrupt in taxes trials.

keywords

Bankrupting – Tax trial – Trial action.

abstract

Il contributo analizza gli effetti della dichiarazione di fallimento sul processo tributario, con particolare riferimento alla posizione del curatore fallimentare, alle sue interrelazioni con il soggetto fallito nelle controversie tributarie ed ai limiti della capacità processuale di quest'ultimo.

parole chiave

Fallimento – Processo tributario – Legittimazione processuale.

sommario

Premessa. – **1.** La legittimazione processuale nel giudizio tributario in caso di fallimento. – **2.** La dichiarazione di fallimento in pendenza del processo tributario. – **3.** La capacità processuale del curatore. – **3.1.** L'obbligo dell'assistenza tecnica e l'autorizzazione del giudice delegato. – **4.** L'inerzia del curatore e la legittimazione processuale del fallito. – **5.** Il giudicato nei confronti del fallito tornato *in bonis*. – **6.** Ammissione al passivo e riparto di giurisdizione tra giudice tributario e giudice fallimentare. – **7.** L'impugnabilità dell'estratto di ruolo da parte del curatore. – **8.** L'esdebitazione del fallito ed i crediti tributari. – **9.** Il fallimento di società di persone. – **10.** Rapporti tra processo tributario ed altre procedure concorsuali: in particolare, il concordato preventivo.

Premessa

La sentenza dichiarativa di fallimento, a partire dal deposito della decisione in cancelleria¹, produce signifi-

ficativi effetti nei confronti del fallito, di natura personale, patrimoniale ed anche processuale.

Tali effetti si manifestano sia nell'ambito del diritto privato che, nel disciplinare le relazioni reciproche dei soggetti fissando presupposti e limiti agli interessi dei singoli, quando entra in contratto con le procedure concorsuali subisce sostanziali deviazioni dal suo schema tipico, che nell'ambito del processo civile e, quindi, nel diritto e processo tributario, tanto da potersi affermare, fin da subito, che numerose sono le problematiche che sorgono quando parte del processo tributario è un imprenditore, sia individuale (persona fisica) sia collettivo (società), assoggettato ad una procedura concorsuale (Fallimento, Concordato Preventivo, L.C.A., Amministrazione Straordinaria), oppure un socio illimitatamente responsabile di una società di persone, dichiarato fallito *ex art.* 147 l. fall.

1. La legittimazione processuale nel giudizio tributario in caso di fallimento

La prima questione di carattere processuale concerne la legittimazione ad agire e contraddire e, quindi, l'individuazione dei soggetti che hanno diritto a proporre ricorso al giudice tributario, ovvero a resistere nel giudizio in caso di dichiarazione di fallimento.

Come noto, in tema di legittimazione processuale di un soggetto incorso in una procedura concorsuale, l'art. 43 l. fall., disponendo che «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento, sta in giudizio il curatore», stabilisce una «sostituzione processuale» del curatore per tutte le controversie relative ai rapporti di diritto patrimoniale.

Ai sensi di tale disposizione, il fallito perde la legittimazione processuale attiva e passiva rispetto ai beni ed ai diritti assoggettati a spossessamento², mentre il

presso il Tribunale di Napoli e giudice presso la CTP di Napoli) il 6 febbraio 2015 al Seminario di aggiornamento professionale e di approfondimento per i magistrati delle Commissioni Tributarie della Regione Campania «*Tematiche sostanziali, procedurali e processuali di diritto tributario*», patrocinato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria.

¹ A seguito della riforma del 2006, nei confronti dei «terzi» la sentenza dichiarativa di fallimento spiega i propri effetti giuridici a decorrere dall'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 17, secondo comma, l. fall.

² L'art. 43 l. fall. comporta la perdita della capacità processuale

* Il contributo riproduce, con integrazioni ed adattamenti, il testo della relazione tenuta dal dott. Stanislao De Matteis (giudice

curatore, in sua vece, sta in giudizio per quanto attiene a tutte le controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale: il curatore si *sostituisce*, cioè, al soggetto sottoposto a procedura concorsuale nei giudizi già promossi prima dell'apertura della stessa e provvede personalmente a promuovere quelli diretti al recupero di massa attiva fallimentare.

Orbene, tenuto conto che l'apertura del concorso sul patrimonio del fallito non determina alcuna novazione soggettiva nei rapporti tributari di cui era parte il soggetto dichiarato fallito ed in difetto di una espressa indicazione normativa di un rapporto di *representanza legale* o di *assistenza* "integrativa" della capacità processuale, lo schema giuridico che sembra più soccorrere al caso è quello della *sostituzione processuale* (art. 81 c.p.c.), se pure caratterizzato da elementi di assoluta peculiarità in quanto il curatore agisce "in nome proprio", ma facendo valere in sostanza "un diritto del fallito" (che conserva per l'appunto, anche dopo l'apertura del concorso, la posizione di parte sostanziale del rapporto tributario controverso).

Tuttavia tale sostituzione, avuto riguardo agli obiettivi della procedura fallimentare «volta ad assicurare il conseguimento della par condicio creditorum nel rispetto della disciplina specificamente indicata a tal fine»³, non si verifica *ex lege* in modo *automatico* in tutti i giudizi pendenti o instaurandi, ma soltanto a seguito di una valutazione di *merito* – in ordine alla convenienza di agire o resistere in giudizio in considerazione del probabile esito della lite – compiuta dal curatore fallimentare (con l'autorizzazione del Giudice delegato e, se del caso, il parere del comitato dei creditori).

Il richiamo all'art. 81 c.p.c. al fenomeno che si va esaminando è, dunque, coerente.

Occorre, infatti, osservare, da un lato, che l'art. 81 c.p.c. è applicabile al processo tributario per l'espresso richiamo contenuto nell'art. 1 d.lgs. n. 546/1992 e, dall'altro, che l'art. 81 c.p.c. – nel disporre che nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui – fa salvi i casi espressamente previsti dalla legge.

Tra questi vi è quello disciplinato dagli artt.: a) 31 l. fall. ai sensi del quale il Curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del Giudice delegato (l'autorizzazione deve essere rilasciata in forma scritta e prodotta in giudizio dal curatore); b) 43 l. fall. ai sensi del quale nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore.

A tal riguardo, si parla di legittimazione esclusiva del curatore rimanendo esclusa, alla stregua della normativa fallimentare, una concorrente legittimazione

processuale del curatore e del fallito, limitata, quest'ultima, esclusivamente a tutti quei rapporti dei quali il curatore si sia disinteressato⁴.

In particolare, nelle controversie concernenti rapporti che non derivano dal fallimento (altrimenti attribuite alla competenza speciale del Giudice fallimentare *ex art. 24 l. fall.*) o sottratte per ragione di giurisdizione al Giudice fallimentare, qual è la controversia – devoluta alla giurisdizione tributaria – avente ad oggetto l'opposizione alla pretesa impositiva fondata su presupposti insorti in data anteriore alla apertura del fallimento, è stato precisato che – alla stregua del combinato disposto degli artt. artt. 31 e 43 l. fall. – il curatore fallimentare è legittimato in via esclusiva ad agire e resistere in giudizio, tanto a tutela degli interessi della massa dei creditori concorsuali, quanto limitandosi a "subentrare" nella posizione processuale del soggetto dichiarato fallito, esercitando i diritti spettanti a quest'ultimo in quanto preesistenti all'apertura della procedura concorsuale e rimasti immutati in tutti gli elementi della fattispecie costitutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento.

A questa conclusione sono giunte sia la giurisprudenza⁵ che la dottrina⁶ prevalente, sulla scorta di considerazioni inerenti al diritto di difesa e alla diversa valutazione che curatore e fallito possono compiere in merito alla convenienza, o meno, di impugnare l'atto.

2. La dichiarazione di fallimento in pendenza del processo tributario

Se la dichiarazione di fallimento interviene quando già pende il giudizio tributario, in qualunque grado, si applica l'art. 40 d.lgs. n. 546/92 (che ricalca le norme previste dagli artt. 299 ss. c.p.c.), il quale dispone, tra le altre ipotesi, che il processo è interrotto se, dopo la proposizione del ricorso, si verifica la perdita della capacità della parte di stare in giudizio.

Sul punto, occorre rammentare che l'interruzione, al pari della sospensione e dell'estinzione, è qualificata generalmente quale "vicenda anomala del processo" che, allo scopo di garantire l'effettività del contraddittorio tra le parti del giudizio e l'invulnerabilità del diritto di difesa⁷, impedisce all'organo giudicante di pervenire alla decisione della controversia.

⁴ VANNI, *La capacità processuale del fallito in materia tributaria*, in *Il fisco*, 1994, p. 10501.

⁵ Cass. civ., 5 novembre 1990, n. 10612, in *Il Fallimento*, 1991, p. 661.

⁶ Pozzo, *Capacità processuale del fallito e decorrenza del termine per impugnare l'accertamento notificato al curatore*, in *Giurisprudenza tributaria*, 1996, p. 74.

⁷ Il principio dell'invulnerabilità del diritto di difesa nel processo ha sempre avuto riconoscimento costituzionale, essendo espressamente previsto dalla Costituzione fin dalla sua entrata in vigore all'art. 24, comma 2, mentre il principio del contraddittorio, in sede giurisdizionale, ha assunto espressa rilevanza nella Carta fondamentale a seguito della modifica introdotta all'art. 111 Cost. dalla legge costituzionale n. 2/1999.

del fallito, a differenza di quanto avviene, invece, nel concordato preventivo in cui il debitore non perde la legittimazione processuale; cfr. DENARO, *Il concordato preventivo non influenza la legittimazione processuale*, in *IlFiscoOggi* del 30 aprile 2007.

³ Cass. Civ., sez. un., 15 marzo 2012, n. 4126.

Tale istituto è stato introdotto nel processo tributario con la riforma attuata con il d.lgs. 546/1992 che ha previsto, tra l'altro, «un adeguamento delle norme del processo tributario a quelle del processo civile» e, in particolare, l'introduzione del giudizio tributario della «disciplina della sospensione, dell'interruzione e dell'estinzione del processo».

Nel sistema previgente, invece, era solo prevista una proroga semestrale del termine per la proposizione del ricorso e di tutti gli altri termini pendenti alla data della morte o della sopravvenuta incapacità delle parti o del loro rappresentante.

In ogni caso, la disciplina tributaria deve necessariamente essere coordinata con l'art. 43 l. fall., secondo cui la dichiarazione di fallimento comporta l'interruzione del processo tributario, con la conseguenza che compete al curatore svolgere ogni utile attività diretta alla riattivazione del giudizio.

Pertanto, se la dichiarazione di fallimento interviene successivamente all'instaurazione da parte del contribuente del processo tributario quest'ultimo è interrotto ai sensi dell'art. 43, comma 3, l. fall.

L'interruzione opera di diritto: ciò emerge chiaramente oltre che dal chiaro tenore letterale della norma («L'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo»), anche dalla *ratio* della stessa, quale esplicitata nella relazione governativa di accompagnamento, in cui si sottolinea l'esigenza di accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia fallimentare e l'intento di evitare che il processo possa essere interrotto a distanza di tempo qualora le parti informino formalmente il giudice ai sensi dell'art. 300 c.p.c.⁸.

Conseguenza dell'automatismo dell'effetto interruttivo è la preclusione di ogni ulteriore attività processuale che, se compiuta, sarà causa di nullità degli atti successivi e della sentenza⁹.

Com'è stato, infatti, ribadito anche di recente dalla Suprema Corte, in caso di fallimento del contribuente successivamente alla notifica dell'avviso di accertamento e all'instaurazione del relativo giudizio d'impugnazione, qualora il processo non sia stato interrotto ed il curatore non si sia in esso costituito, la sentenza che lo conclude (stante l'interruzione diritto e la nullità di tutti gli atti successivi) non è opponibile alla procedura, per cui è *illegittima* la cartella esattoriale su di essa fondata e notificata al fallimento, su cui incombe, peraltro, l'onere di impugnarla dinanzi al giudice tributario al fine di evitarne la definitività¹⁰.

⁸ Nel senso che l'art. 43, comma 3, l. fall. colleghi all'apertura del fallimento l'effetto interruttivo automatico del processo riguardante il fallito si sono già espresse sia la Suprema Corte (v. Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2008, n. 7443), sia la Corte costituzionale (Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 17).

⁹ Sul punto, tra le tante, Cass. civ., 1 febbraio 2010, n. 2268; Cass. civ., 15 febbraio 2007, n. 3459.

¹⁰ Cass. civ., 28 ottobre 2014, n. 22809.

Sul punto, occorre tener ben presente che l'automatismo dell'effetto interruttivo non implica anche, necessariamente, la decorrenza del *dies a quo* del termine per la riassunzione dalla data della dichiarazione di fallimento.

Infatti, al fine del decorso del termine per la riassunzione del processo, non è sufficiente la sola conoscenza da parte del curatore fallimentare dell'evento interruttivo, rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, ma è necessaria anche la conoscenza dello specifico giudizio sul quale detto effetto interruttivo è in concreto destinato ad operare.

La conoscenza deve inoltre essere "legale", cioè acquisita non in via di mero fatto, ma per il tramite di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo, assistita da fede privilegiata¹¹.

Il termine per la riassunzione è di sei mesi (art. 43, comma 1, d.lgs. n. 546/1992, che in *parte qua* deroga all'art. 305 c.p.c. che attualmente prevede il termine di tre mesi per la riassunzione del processo civile).

La Cassazione ha, altresì, ritenuto che la dichiarazione formale dell'evento interruttivo, al fine del decorso del termine per la riassunzione, può provenire anche dalla parte diversa da quella alla quale si riferisce l'evento medesimo, posto che né l'art. 305 c.p.c., né altra norma processuale, prescrivono che tale dichiarazione debba provenire dalla parte che ha subito l'evento ovvero che debba essere quest'ultima ad avere l'onere di attivarsi per la prosecuzione o la riassunzione del processo, ed atteso che ciascuna parte processuale, e quindi anche quella estranea all'evento interruttivo, può avere interesse ad una pronta e rapida ripresa del processo interrotto¹².

A tal proposito, la giurisprudenza tributaria ha più volte affermato il principio secondo cui, ove la notifica del provvedimento impositivo sia avvenuta prima della dichiarazione di fallimento, l'Amministrazione creditrice non è giuridicamente tenuta a reiterare la notifica dell'atto¹³.

3. La capacità processuale del curatore

L'art. 43 l. fall. prevede la legittimazione del curatore a stare in giudizio, sia per le controversie pen-

¹¹ Cass. civ., 7 marzo 2013, n. 5650, e per la giurisprudenza di merito Trib. Milano, ord., 27 marzo 2014, in *Il Fallimento*, 2014, 1205. Inoltre, la dimostrazione della legale conoscenza dell'evento in data anteriore al semestre precedente la riassunzione del processo incombe sulla parte che ne eccepisce l'intempestività, non potendo farsi carico all'altra dell'onere di fornire una prova negativa (*ex plurimis*: Cass. civ., 11 febbraio 2010 n. 3085; Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4203).

¹² Cass. civ., 23 marzo 2010, n. 3085.

¹³ Comm. Trib. Reg., Roma, sent., 23 luglio 2009, n. 289, secondo cui «non sussiste alcun obbligo di una successiva notifica dell'avviso di accertamento nel momento in cui interviene il fallimento, laddove la curatela succede ai rapporti precedenti la data del fallimento, incombendo al curatore di verificare eventuali pendenze tributarie».

denti alla data di dichiarazione del fallimento, sia per l'instaurazione di nuove azioni giudiziarie, sempre, comunque, rivolte all'accertamento ed alla tutela di diritti a contenuto patrimoniale.

In particolare, la giurisprudenza ha più volte affermato il principio secondo il quale la dichiarazione di fallimento non comporta il venir meno dell'impresa, ma solo la perdita della legittimazione sostanziale e processuale da parte del suo titolare, nella cui posizione subentra il curatore¹⁴.

In ragione di ciò la giurisprudenza e la dottrina hanno concordemente ritenuto che gli avvisi di accertamento per imposte, pene pecuniarie, soprattasse ed interessi, dovuti in relazione a fatti verificatisi *prima* della dichiarazione di fallimento del contribuente, ancorché intestati a quest'ultimo, sono opponibili alla curatela, mentre quelli formati in epoca *successiva* devono necessariamente indicare, quale destinataria, l'impresa assoggettata alla procedura concorsuale e, quale legale rappresentante della medesima, il curatore¹⁵.

Il potere di impugnazione dell'atto tributario riconosciuto al curatore dalla l. fall. deriva dall'applicazione in campo processuale del principio del c.d. 'spossessamento', che consegue alla dichiarazione di fallimento e che trova la sua espressione nell'art. 42, comma 1, l. fall. ai sensi del quale «la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e delle disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento». Sul punto la legge fallimentare si rispecchia nell'art. 75 l. fall. ai sensi del quale «le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità».

Trattandosi di una mera scissione tra titolarità (del fallito) e legittimazione (del curatore) è abbastanza evidente come lo 'spossessamento' si configuri come una categoria descrittiva riconducibile al semplice venir meno del potere del fallito di amministrare i propri beni e al suo trasferimento in capo all'organo fallimentare al solo fine di realizzare i crediti rimasti insoddisfatti, con la conseguenza che si tratta semplicemente di una incapacità del fallito di disporre e di goderne¹⁶.

Conseguentemente il curatore, che è investito dell'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del giudice delegato, non è chiamato a curare esclusivamente l'interesse dei creditori concorrenti, ma deve tutelare nel contempo quello del fallito a non trovarsi esposto, dopo la chiusura del fallimento (art. 120 l. fall.) a pretese dei creditori che avrebbero

potuto essere contestate con una più solerte gestione da parte del curatore¹⁷.

3.1. L'obbligo dell'assistenza tecnica e l'autorizzazione del giudice delegato

Nella disciplina precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 546/1992, nella vigenza del d.P.R. n. 636/1972, il contribuente poteva adire l'autorità giudiziaria tributaria personalmente e senza alcuna necessità dell'assistenza tecnica, indipendentemente dal valore del giudizio.

Il curatore fallimentare, pertanto, acquisita l'autorizzazione del giudice delegato ad impugnare l'atto impositivo innanzi alle Commissioni Tributarie, poteva stare in giudizio personalmente.

Con l'art. 12 d.lgs. n. 546/1992 si è avuta una significativa innovazione nel processo tributario in quanto è stato introdotto l'obbligo, ad eccezione delle controversie con valore inferiore ad € 2.582,28, dell'assistenza tecnica da parte di un difensore abilitato.

Inoltre, l'assenza di chiare indicazioni delle norme relative al processo tributario, ha indotto il Ministero delle Finanze ad emettere la Circolare n. 291/E del 18 dicembre 1996, con cui si escludeva che il curatore potesse assumere la veste di difensore tecnico¹⁸.

Tra l'altro, la norma sopra citata deve essere coordinata con l'art. 31, comma 3, l. fall., secondo cui il curatore non può assumere le veste di avvocato nei giudizi che riguardano il fallimento.

Consegue che il curatore deve munirsi di apposito difensore (cd. assistenza tecnica) per impugnare l'atto tributario, con la sola eccezione del caso in cui è possibile alla parte proporre personalmente il ricorso (per le controversie di valore inferiore ad € 2.582,28 art. 12, comma 5, d.lgs. n. 546/1992).

Dunque, nella disciplina attualmente in vigore, il curatore, una volta valutata la *convenienza* impugnare atto, deve ottenere la necessaria autorizzazione del giudice delegato e provvedere alla nomina di un avvocato o di un dottore commercialista per l'instaurando giudizio.

Sul punto si osserva che la legittimazione del curatore fallimentare a stare in giudizio deriva direttamente dalla legge, ma l'efficacia della sua attività processuale è condizionata all'autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'art. 31 l. fall. che, per orientamento ormai consolidato, può intervenire anche tardivamente, con l'effetto di sanare con efficacia retroattiva l'irregolarità degli atti precedenti.

Poiché l'autorizzazione del G.D. non è elemento di integrazione dei poteri del curatore, bensì una mera condizione di efficacia della sua attività processuale

¹⁴ *Ex multis*, Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2802, in *Giurisprudenza tributaria*, 2010, 702; Cass. civ., 1 giugno 2007, n. 12893.

¹⁵ Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2802, cit.; in senso conforme, Cass. civ., 18 giugno 2009, n. 14144; Cass. Civ., 1 giugno 2007, n. 12893.

¹⁶ Cass. civ., 23 aprile 1993, n. 4776.

¹⁷ Cass. civ., 28 aprile 1997, n. 3667.

¹⁸ In dottrina si veda, FERRAU, *Curatore fallimentare e assistenza tecnica nel fallimento*, in *Corriere tributario*, 1997, è. 1244; ID., *Quando il curatore fallimentare può stare in giudizio personalmente*, in *Corriere tributario*, 1997, p. 967.

che si risolve nel difetto di legittimazione processuale, è possibile, cioè, una sanatoria con effetti *ex tunc* anche nel caso in cui l'autorizzazione ad agire o a resistere sia data nel successivo giudizio d'impugnazione¹⁹.

Sulla questione occorre, altresì, sottolineare che la sanatoria retroattiva opera indipendentemente dal verificarsi di *decadenze* meramente processuali (quale la scadenza del termine per impugnare) con il solo limite dei *diritti quesiti* di natura sostanziale, con la conseguenza che l'autorizzazione del G.D. è documentabile anche oltre i limiti temporali previsti per le produzioni in senso stretto e, quindi, anche dopo la rimessione della causa al collegio, sempre che il giudice non abbia già dichiarato la inammissibilità del gravame²⁰.

Qualora il giudice tributario ravvisi un difetto di autorizzazione da parte del G.D., in applicazione del novellato art. 182 c.p.c. deve concedere alla curatela un termine perentorio per il rilascio da parte del G.D. dell'autorizzazione a stare in giudizio; qualora la Curatela non dovesse ottemperarvi la Commissione dovrà dichiarare estinto il giudizio tributario (per inattività della parte, *ex art. 307 c.p.c.*).

4. L'inerzia del curatore e la legittimazione processuale del fallito

Come detto, la dichiarazione di fallimento produce una serie di effetti nei confronti del fallito, di natura personale, patrimoniale e processuale.

In merito a questi ultimi, il fallito perde la capacità processuale attiva e passiva relativamente a quelle controversie che vertono in materia di diritti patrimoniali compresi nel fallimento; per i giudizi, invece, che si riferiscono a diritti o azioni a contenuto non patrimoniale (come ad esempio l'azione di riconoscimento della paternità), il fallito rimane dotato di legittimazione processuale sia attiva che passiva.

Tuttavia, con riguardo alle controversie tributarie relative all'accertamento di crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento, occorre evidenziare preliminarmente che, a seguito della dichiarazione di fallimento, il contribuente non è privato della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario; ciò comporta che, in linea di principio, la dichiarazione di fallimento non priva il contribuente del legittimo diritto di impugnare gli atti impositivi relativi a periodi anteriori alla dichiarazione di fallimento²¹.

¹⁹ Si veda in giurisprudenza, Cass. civ., 11 settembre 2007, n. 19087 (nella specie la Suprema Corte ha ritenuto che l'autorizzazione a resistere al ricorso per cassazione avesse effetto sanante dell'attività processuale svolta dal curatore nel giudizio di appello senza autorizzazione del giudice delegato).

²⁰ Cass. civ., 17 luglio 2007, n. 15939.

²¹ In dottrina si veda POLLIO, *La dichiarazione di fallimento non priva il contribuente del diritto di impugnare gli atti impositivi*, in *Il fallimento*, 2006, p. 733. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. civ., 22 marzo 2006, nn. 6392 e 6393, con nota di ZENATI, *Il fallito conserva la legittimazione ad impugnare gli avvisi di accertamento*, in *Giurisprudenza tributaria*, 2006, p. 498.

In argomento la giurisprudenza, sin dai tempi più risalenti, ha sostenuto, per garantire la tutela del fallito, che nel contenzioso tributario la legittimazione del curatore non esclude quella del fallito, il cui diritto alla difesa, soprattutto quando la definizione del rapporto tributario sia suscettibile di effetti penali, deve essere sempre tutelato; a tal fine, infatti, gli accertamenti tributari devono essere sempre portati a conoscenza del fallito, anche da parte del curatore, se non vi abbia previamente provveduto l'Ente impositore²².

Come sostenuto dalla Suprema Corte, l'accertamento tributario inerente a crediti i cui presupposti si siano determinati *prima* della dichiarazione di fallimento del contribuente o *nel periodo d'imposta* in cui tale dichiarazione è intervenuta deve essere notificato non solo al curatore, in ragione della partecipazione di detti crediti al concorso fallimentare o, comunque, della loro idoneità ad incidere sulla gestione delle attività o dei beni acquisiti al fallimento, ma anche al contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario e resta esposto ai riflessi, anche di carattere sanzionatorio, che conseguono alla "definitività" dell'atto impositivo²³.

Occorre però tener ben presente che la legittimazione del fallito si presenta sempre come una "deroga eccezionale" all'esclusività della legittimazione del curatore a proporre ricorso davanti alla Commissione tributaria, giustificata solo in determinate circostanze²⁴.

La prima è costituita dalla facoltà per il fallito di impugnare direttamente l'atto, quando dallo stesso, e quindi dalla sua definitività per mancata impugnazione, potrebbe derivargli un'imputazione per bancarotta (v. art. 43, comma 2, l. fall.). In tal caso egli può, quindi, proporre ricorso al Giudice tributario.

La seconda è relativa all'ipotesi di *inerzia* del Curatore rispetto all'atto impositivo notificatogli, circostanza che legittima il fallito ad impugnare l'atto.

²² Con riferimento all'obbligo informativo nei confronti del fallito, va opportunamente segnalato che, potendosi ipotizzare la violazione dei doveri che derivano dalla funzione, l'omissione di tale attività potrebbe comportare gravi responsabilità a carico del curatore. Chiaramente, nulla è imputabile al curatore qualora la decisione di non costituirsi in giudizio o di abbandonarlo non sia ascrivibile a titolo di colpa grave, sempre che il fallito o gli amministratori della società fallita siano stati opportunamente informati.

²³ Cass. civ., 30 aprile 2014, n. 9434; Cass. civ., 18 marzo 2014, n. 6248; Cass. civ., 24 febbraio 2006, n. 4253; Cass. civ., 14 maggio 2002, n. 6937; Cass. civ., 20 novembre 2000, n. 14987.

²⁴ In linea generale, dunque, il fallito può svolgere attività processuale unicamente nei limiti dell'intervento *ex art. 43, comma 2, l. fall.*, cioè per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico, o nei limiti dell'intervento adesivo dipendente, che comunque non gli attribuisce il diritto di impugnare la sentenza in autonomia dal curatore (Cass. Civ., 14 maggio 2012, n. 7448).

Sul punto giova osservare che per inerzia del Curatore si intende il totale disinteresse degli organi fallimentari in ordine all'opportunità di proporre o meno ricorso²⁵.

Per la legittimazione straordinaria del fallito non è sufficiente che la curatela si sia astenuta da iniziative processuali, ma occorre che si sia "totalmente disinteressata" della vicenda processuale, rimettendone esplicitamente o implicitamente la gestione al fallito stesso²⁶; non può parlarsi, dunque, di inerzia quando la mancata attivazione degli organi della procedura è conseguenza di una negativa valutazione di questi ultimi circa la convenienza della controversia²⁷.

Esprimendosi in tema di inerzia, la giurisprudenza di legittimità ha più volte statuito che essa non sussiste ogni qualvolta il curatore abbia correttamente esposto, dopo aver valutato l'opportunità di tutela giurisdizionale nonché i margini di tutela ottenibili in sede contenziosa, le ragioni ostative alla proposizione del ricorso; pertanto, la diligente e corretta valutazione dei margini di insuccesso connesse all'impugnazione giudiziale impedisce la configurabilità della condotta "inerte"²⁸.

Con altre parole, la legittimazione processuale di un soggetto dichiarato fallito, per i rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, può eccezionalmente riconoscersi soltanto nel caso di disinteresse o inerzia degli organi preposti al fallimento e non anche quando detti organi si siano concretamente attivati ed abbiano ritenuto non conveniente intraprendere o proseguire la controversia. Pertanto il fallito difetta di legittimazione ad impugnare una decisione emessa nei confronti del curatore del fallimento, non essendo in tal caso ravvisabile disinteresse degli organi fallimentari, ma una valutazione circa l'opportunità della proposizione dell'impugnazione²⁹.

La rinuncia ad impugnare costituisce, in difetto di contrari elementi di giudizio, una forma di esercizio del potere processuale e non una manifestazione di disinteresse dei confronti della difesa giudiziale. Perciò tale rinuncia non è idonea a giustificare la legittimazione del fallito a gestire il rapporto tributario di cui la curatela si sia "disinteressata".

Quindi, qualora il Curatore chieda al comitato dei creditori o al Giudice delegato l'autorizzazione a non proporre il ricorso per una qualunque ragione, non

può parlarsi di inerzia, ossia di mancanza di una decisione, perché gli organi fallimentari hanno comunque adottato una decisione, ancorché negativa, ossia quella di non impugnare l'atto.

Vi è però la prassi di ritenere legittimo e validamente proposto il ricorso da parte del fallito, anche quando il Curatore sia stato dispensato dall'impugnazione.

In tali casi costituisce una buona regola quella della comunicazione al fallito da parte degli organi fallimentari della volontà di non proporre opposizione avverso l'atto impositivo, avvisandolo che pertanto egli ha la facoltà, se riconosciutagli dal giudice tributario, di impugnare l'atto, soprattutto se è in possesso di elementi di difesa sconosciuti al Curatore.

Succede, però, che molto spesso il fallito venga a conoscenza della pretesa impositiva soltanto a seguito della comunicazione del Curatore e quasi sempre quando sono già scaduti i termini per l'impugnazione.

Il giudice tributario dovrà tener conto di tali circostanze e potrà ritenere innanzitutto che la mancata notificazione dell'atto al fallito abbia impedito l'inizio del decorso del termine per proporre il ricorso, ovvero ritenere che la conoscenza dell'atto da impugnare decorra dalla successiva data in cui il fallito ha ricevuto la comunicazione da parte del Curatore³⁰.

Quindi è ammissibile una rimessione in termini del fallito da parte del giudice tributario, ovvero è legittimo ritenere che, in mancanza di notifica anche al fallito, per quest'ultimo il termine non sia cominciato a decorrere fino all'effettiva conoscenza dell'esistenza dell'atto impugnabile.

Tra l'altro, in linea con tale interpretazione, la giurisprudenza ha chiarito che, in caso di omessa notifica dell'atto impositivo, il ricorso tributario è proponibile, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dall'effettiva conoscenza del provvedimento da parte del fallito³¹.

In giurisprudenza si è, altresì, osservato che la perdita della capacità processuale del fallito, a seguito della dichiarazione di fallimento, non è assoluta, ma *relativa* alla massa dei creditori: corollario della incapacità processuale "relativa" è che la perdita della legittimazione processuale del fallito non comporta, nei predetti giudizi aventi ad oggetto rapporti non derivanti dal fallimento, anche il venire meno della qualità di parte sostanziale del rapporto che permane in capo all'originario debitore-contribuente³², sicché nell'inerzia e disinteresse degli organi della procedura fallimentare per la controversia, il fallito è legittimato ad agire o resistere

²⁵ Cass. civ., 22 luglio 2005, n. 15369. In giurisprudenza è stato affermato che, spettando al fallito una legittimazione processuale di tipo suppletivo soltanto nel caso di totale disinteresse degli organi fallimentari, deve escludersi tale legittimazione allorché il curatore abbia preso parte al processo, indipendentemente dalla sua concreta condotta processuale.

²⁶ Cass. civ., 25 ottobre 2013, n. 24159; in senso conforme, Cass. civ., 20 marzo 2012, n. 4448, CTP Varese, sent. n. 113/11/2013.

²⁷ Cass. civ., 22 luglio 2005, n. 15369.

²⁸ Cass. civ., 19 settembre 2013, n. 21459.

²⁹ Cass. civ., 18 maggio 2007, n. 11572; Cass. civ., 21 maggio 2007, n. 9710; Cass. civ., 16 dicembre 2004, n. 23435.

³⁰ Tuttavia in questo caso la mera comunicazione da parte di un soggetto diverso dall'ente impositore non costituisce una notifica rituale, né può essere considerato un atto ad essa equipollente ed idoneo per il decorso del termine.

³¹ Cass. civ., 28 aprile 1997, n. 3667.

³² Con specifico riferimento al giudizio avente ad oggetto il rapporto tributario, si vedano, Cass. civ., sez. un., 14 maggio 2002, n. 6937; Cass. civ., 20 dicembre 2006, n. 27263; Cass. civ., 6 febbraio 2009, n. 2910.

re per impedire che il terzo possa conseguire un titolo da far valere nei suoi confronti una volta tornato *in bonis*³³, senza che il terzo possa proporre l'eccezione né il giudice possa rilevare d'ufficio il difetto di capacità³⁴.

Ne deriva che il curatore, all'esito delle valutazioni di competenza, ben può ritenere inutile o inopportuno subentrare nel giudizio tributario pendente (ovvero proporre il ricorso introduttivo del giudizio avverso l'atto impositivo che gli è stato notificato), rimanendo quindi inerte e disinteressandosi della pretesa fiscale, con la conseguenza che in tal caso il contribuente – dichiarato fallito – mantiene la qualità di parte processuale nel giudizio pendente (ove non interrotto; ovvero se interrotto, riassunto o proseguito da o nei suoi confronti), e comunque non viene privato – in quanto fallito – della legittimazione ad agire e può, pertanto, impugnare direttamente con ricorso l'atto impositivo (al fine di impedire che l'Amministrazione finanziaria possa ottenere un titolo da far valere nei suoi confronti una volta tornato *in bonis*), ferma restando in ogni caso la inopponibilità della sentenza alla massa dei creditori, non essendo invece consentito all'Amministrazione, finanziaria di avvalersi del titolo giudiziale formatosi in assenza del curatore ai fini della domanda di ammissione del credito erariale al passivo³⁵.

5. Il giudicato nei confronti del fallito tornato *in bonis*

Il giudicato formatosi in esito al giudizio avverso gli avvisi di rettifica, sia se introdotto dal contribuente anteriormente all'apertura della procedura concorsuale, sia se irritualmente proposto dal contribuente-fallito (in quanto l'autonoma e tempestiva impugnazione dei medesimi atti impositivi proposta dal curatore fallimentare, escludeva il presupposto della "inerzia o disinteresse" degli organi della procedura concorsuale, cui è ricollegata l'insorgenza della legittimazione processuale "sostitutiva" del fallito), non può ritenersi nullo né improduttivo di effetti, spiegando tuttavia efficacia esclusivamente nei confronti delle originarie parti costituite: le sentenze pronunciate nei giudizi in cui è stato parte soltanto il debitore-fallito non espli-

cano, infatti, alcuna efficacia nei confronti della massa dei creditori (alla quale sono inopponibili), potendo, tale titolo giudiziale, essere fatto valere soltanto nei confronti del fallito che abbia riacquisito la sua capacità tornando *in bonis*³⁶.

Nella rara ipotesi di duplice impugnazione dell'atto da parte del Curatore e del fallito, si potrà ricorrere alla riunione dei giudizi, al fine di ottenere dal giudice una univoca decisione.

È parimenti difficile ipotizzare ipotesi di contrasto tra le posizioni dei due possibili ricorrenti, vale a dire del curatore e del fallito, perché entrambi i ricorsi dovrebbero essere finalizzati ad ottenere una sentenza di annullamento della pretesa tributaria. Al riguardo la Suprema Corte ha precisato che «in tema di contenzioso tributario, la sentenza di merito che accerta il credito erariale nei confronti del curatore del fallimento, il quale, pur avendone contezza, non sia intervenuto nell'autonomo giudizio introdotto dal fallito ed avente ad oggetto il medesimo atto impositivo, spiega i suoi effetti solo nella procedura concorsuale in quanto funzionale alla scelta dell'Amministrazione finanziaria di ottenere un titolo ai fini dell'ammissione al passivo. Ne consegue che il giudicato formatosi in detto giudizio non può essere opposto dal fisco al contribuente tornato *in bonis*, nei cui confronti risulti pronunciata altra sentenza del giudice tributario, anch'essa passata in giudicato, di annullamento dell'atto impositivo, poiché i due giudicati operano su piani distinti e non può essere ravvisato un contrasto tra gli stessi, visto che nei rapporti tributari la sostituzione processuale del curatore al fallito è caratterizzata da elementi di peculiarità e resta subordinata e limitata alle valutazioni di opportunità del primo»³⁷.

I principi appena enunciati operano però in maniera *biunivoca*: ne consegue che – così come il creditore non può ottenere l'ammissione a passivo sulla base di una sentenza a lui favorevole ma inopponibile alla massa, in quanto resa nei soli confronti del fallito in data successiva alla dichiarazione di insolvenza – il curatore non può respingere la domanda di ammissione, fondata su di un titolo diverso, avvalendosi degli effetti favorevoli al fallito della sentenza di primo grado emessa in un giudizio al quale egli è rimasto estraneo e che, nonostante l'intervenuta dichiarazione di fallimento, è proseguito fra le parti originarie anche in grado d'appello.

³³ In giurisprudenza, si vedano: Cass. civ., sez. un., 24 dicembre 2009, n. 27346; Cass. civ., 14 maggio 2012, n. 7448; Cass. civ., 11 ottobre 2012, n. 17367, che definiscono la legittimazione del fallito "di tipo vicario o suppletivo".

³⁴ Cass. civ., 2 luglio 2010, n. 15713; Cass. civ., 4 marzo 2011, n. 5226; Cass. civ., 13 dicembre 2012, n. 22925. Nonostante la Suprema Corte continui a declinare come relativo il difetto di legittimazione in questione, occorre rilevare che parte della dottrina, alla luce dell'automatica interruzione del processo in conseguenza della dichiarazione di fallimento, sostiene che il difetto di legittimazione del fallito avrebbe assunto carattere assoluto e sarebbe perciò divenuto rilevabile d'ufficio. Peraltro, laddove la curatela abbia dimostrato il suo interesse per il rapporto dedotto in lite, il difetto di legittimazione processuale del fallito assume carattere assoluto ed è perciò opponibile da chiunque e rilevabile anche d'ufficio (Cass. civ., 9 marzo 2011, n. 5571).

³⁵ Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5494.

³⁶ Cfr. Cass. civ., 10 dicembre 2010, n. 24963; Cass. civ., 4 marzo 2011, n. 5226. Lo stesso principio è stato enunciato, sia pure sotto diversa angolazione, da Cass. civ., 18 marzo 2014, n. 6248, con riferimento alla possibilità da parte del fallito, in caso di inerzia del curatore, di presentare l'istanza di definizione agevolata delle liti fiscali pendenti, prevista dall'art. 16 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, sul rilievo che il fallito non è privato, per effetto della dichiarazione di fallimento, della qualità di soggetto passivo del rapporto tributario, restando esposto ai riflessi anche sanzionatori che conseguono alla definitività dell'atto impositivo.

³⁷ Cass. civ., 24 luglio 2004, n. 16816.

Va, peraltro, ricordato che la mancata formazione del giudicato tributario nei confronti del Fallimento non è di ostacolo all'ammissione al passivo del credito dell'ente impositore: infatti, in base al combinato disposto degli artt. 33 del d.lgs. n. 112/1999 e 88 del d.P.R. n. 602/1973, la domanda di insinuazione va proposta dal concessionario (oggi agente della riscossione) avvalendosi esclusivamente dell'estratto del ruolo (v. *infra*) e, anche qualora il credito risulti contestato dinanzi al giudice tributario o il curatore intenda impugnare la cartella esattoriale, il Giudice delegato non può negarne l'ammissione, ma è tenuto a disporla con riserva, da sciogliersi una volta che sia inutilmente decorso il termine per l'impugnazione, o il giudizio sia definito con decisione irrevocabile o venga dichiarato estinto³⁸.

Orbene la duplice incidenza che la condotta processuale tenuta dal curatore fallimentare – in relazione al giudizio di contestazione del credito erariale – può spiegare tanto sull'interesse della massa dei creditori, quanto sull'interesse del soggetto-fallito, impone di verificare quale sia la effettiva parte sostanziale del giudizio, trovando applicazione anche nel processo tributario il limite normativo dell'art. 2909 c.c., secondo cui l'efficacia di giudicato della sentenza di merito che definisce il giudizio tributario nei confronti del curatore non può estendersi oltre i limiti soggettivi definiti in via esclusiva dalle parti che hanno partecipato a quel giudizio (i creditori concorsuali e/o lo stesso debitore fallito).

Occorre premettere che, in pendenza della procedura concorsuale, ai sensi degli artt. 52, 92 ss. l. fall., tutti i crediti, inclusi quelli tributari, per essere ammessi al passivo debbono essere accertati nei modi e nelle forme del modulo procedimentale previsto dalle predette norme, da compiersi ineludibilmente, dinanzi al Giudice delegato, secondo il principio di concorsualità che regola il procedimento fallimentare in tutte le sue articolazioni, sicché è stato osservato la partecipazione del curatore – in sostituzione del fallito – ai giudizi relativi a rapporti obbligatori insorti anteriormente alla dichiarazione di fallimento e la sentenza emessa nei suoi confronti non può porre alcun vincolo al Giudice delegato ed al Tribunale fallimentare in ordine alle determinazioni che tali organi giurisdizionali debbono assumere in ordine alla ammissione del credito al passivo fallimentare³⁹.

Proprio in funzione di tali esigenze (e, dunque, allo svolgimento del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito) che deve essere esaminato il carattere esclusivo della legittimazione processuale del curatore, venendo in conseguenza a configurarsi, rispetto all'Amministrazione finanziaria che intende accertare il proprio credito insorto anteriormente alla dichiara-

zione di fallimento, le seguenti alternative:

a) partecipare al concorso fallimentare facendo valere – ove idonei – i documenti in suo possesso comprovanti il credito (l'avviso di accertamento o rettifica, la iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento) nel caso in cui il credito tributario sia insorto e divenuto definitivo (per mancata opposizione del contribuente *in bonis*; ovvero per accertamento giudiziale), ovvero sia stato accertato con sentenza non definitiva, anteriormente alla dichiarazione di fallimento;

b) qualora il credito sia insorto anteriormente alla dichiarazione di fallimento ma l'atto impositivo notificato al contribuente sia stato da questi opposto in pendenza di fallimento o quando era ancora *in bonis*, e successivamente sia intervenuta la dichiarazione di fallimento, tale accertamento deve essere compiuto in contraddittorio del curatore fallimentare – unico soggetto legittimato ad agire o resistere in giudizio –, in quanto il titolo giudiziale eventualmente formatosi viene ad essere utilizzato ai fini della domanda di ammissione al passivo (ne deriva che la PA notificando l'avviso di accertamento o in rettifica soltanto al fallito – e non anche al curatore – non potrà evidentemente avvalersi della eventuale definitività dell'atto tributario nei confronti della massa fallimentare);

c) tuttavia qualora il curatore reso edotto della pendenza del giudizio tributario non intenda subentrare al debitore dichiarato fallito astenendosi dal proseguire il giudizio interrotto, ovvero in caso di riassunzione si limiti ad eccepire la improcedibilità della domanda nei confronti della procedura fallimentare, o ancora in caso di mancata interruzione si disinteressi del tutto del giudizio, l'Amministrazione creditrice potrà scegliere di riassumere il giudizio interrotto o proseguire il giudizio non interrotto direttamente nei confronti del contribuente - fallito, dichiarando che intende preconstituirsì un titolo da far valere contro il debitore una volta tornato *in bonis* (analogamente ove il curatore, al quale sia stato notificato l'avviso di accertamento o in rettifica, manifesti in modo espresso il proprio disinteresse a promuovere il giudizio, questo potrà essere introdotto direttamente dal fallito per evitare che la pretesa si cristallizzi nei suoi confronti una volta tornato *in bonis*).

Le diverse alternative sopra indicate condizionano i *limiti soggettivi* della efficacia dell'accertamento del diritto contenuto nella sentenza di merito: se l'Amministrazione finanziaria creditrice intende partecipare al concorso fallimentare facendo valere l'accertamento contenuto nella sentenza tributaria, il giudizio deve svolgersi nei confronti del curatore ed il giudicato formatosi nel contraddittorio con il curatore esplicherà efficacia come titolo idoneo da porre a fondamento della domanda di ammissione allo stato passivo; se invece la Amministrazione finanziaria creditrice intende astenersi dal partecipare alla procedura concorsuale, allora l'eventuale titolo formatosi nei confronti del de-

³⁸ Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5494.

³⁹ Cass. civ., 2 aprile 2004, n. 6502; Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5727.

bitore fallito farà stato esclusivamente nei confronti di quest'ultimo e non potrà esplicare alcuna efficacia nei confronti dei creditori concorsuali⁴⁰.

Alla stregua delle conclusioni che precedono e della delimitazione soggettiva degli effetti del giudicato reso nel giudizio in cui è parte il curatore fallimentare ovvero è parte il debitore fallito, va dunque interpretata la massima tralatizia secondo cui l'accertamento tributario in materia di imposte dirette o di Iva, ove inerente a crediti i cui presupposti si siano determinati prima della dichiarazione di fallimento del contribuente o nel periodo d'imposta in cui tale dichiarazione è intervenuta, deve essere notificato non solo al curatore – in ragione della partecipazione di detti crediti al concorso fallimentare (eventualmente nelle forme dell'ammissione al passivo con riserva), o, comunque, della loro idoneità ad incidere sulla gestione delle attività e dei beni acquisiti al fallimento – ma anche al contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario e resta esposto ai riflessi, anche di carattere sanzionatorio, che conseguono alla "definitività" dell'atto impositivo, venendo in questione la legittimazione *ad opponendum* del contribuente soltanto ove ricorra il presupposto della inerzia dell'organo fallimentare⁴¹.

L'accertamento fiscale avente ad oggetto obbligazioni tributarie i cui presupposti siano maturati prima della dichiarazione di fallimento del contribuente ovvero nel periodo d'imposta in cui tale dichiarazione è intervenuta, ove sia stato notificato soltanto al fallito, e non anche al curatore del fallimento, conserva la sua validità, ma è inefficace nell'ambito della procedura fallimentare, né può la mancanza di legittimazione del fallito essere rilevata di ufficio; tale accertamento, tuttavia, conserva la sua validità ed infatti qualora il fallito, tornato *in bonis*, abbia ricevuto la notifica di un avviso di liquidazione dell'imposta può contestare l'accertamento impugnandolo assieme all'avviso di liquidazione, in ragione del fatto che il primo avviso, non essendo stato notificato al curatore, ossia a colui che era dotato della legittimazione ad impugnarlo in pendenza della procedura concorsuale, consente l'a-

zione giudiziale a colui che ha riacquisito la capacità d'impugnarlo⁴².

In sostanza, può quindi affermarsi che l'efficacia del giudicato formatosi nei confronti del curatore non può essere estesa al fallito, neppure una volta tornato *in bonis*, atteso che il debitore-contribuente non ha mai assunto la qualità di parte in quel giudizio, incontrando, pertanto, tale giudicato i limiti soggettivi di cui all'art. 2909 c.c.⁴³.

Diversamente, nel caso in cui il curatore fallimentare sia subentrato nel processo iniziato dal contribuente espressamente dichiarando di agire "*in rappresentanza del fallito*" e non della massa dei creditori, la sentenza di merito spiega i suoi effetti anche nei confronti del debitore tornato *in bonis*, non incidendo la vicenda relativa alla legittimazione processuale, determinata dal fallimento, sulla riappropriazione da parte del debitore, successivamente alla chiusura della procedura concorsuale, della posizione di parte processuale, come tale legittimata a subentrare al curatore – decaduto – nel giudizio eventualmente pendente, ovvero ad essere destinataria degli effetti della sentenza di merito eventualmente già pronunciata.

6. Ammissione al passivo e riparto di giurisdizione tra giudice tributario e giudice fallimentare

In pendenza della procedura concorsuale, ai sensi degli artt. 52, 92 ss. l. fall., tutti i crediti, inclusi quelli tributari, per essere ammessi al passivo debbono essere accertati nei modi e nelle forme del modulo procedimentale previsto dalle predette norme, da compiersi ineludibilmente, dinanzi al Giudice delegato, secondo il principio di concorsualità che regola il procedimento fallimentare in tutte le sue articolazioni.

L'art. 52 l. fall. dispone che qualunque pretesa di contenuto patrimoniale deve essere accertata nelle forme previste dagli artt. 93 ss. l. fall.

Tuttavia, occorre preliminarmente rilevare che l'ammissione al passivo dei crediti erariali deve essere coordinata sia con il principio dell'esclusività del foro fallimentare, con la conseguenza che *tutti* i creditori, per poter partecipare al riparto dell'attivo, devono (al fine di garantire il principio della *par condicio creditorum*) insinuarsi allo stato passivo ai sensi degli art. 52 e 92 l.fall., sia con le disposizioni normative che prevedono la giurisdizione speciale tributaria in ordine alle controversie in ordine all'*an* e al *quantum* dei crediti tributari⁴⁴.

Quando la pretesa tributaria è stata definitivamente accertata innanzi al giudice tributario, è onere dell'ente impositore e del concessionario rispettare le forme della l.fall. per ottenere il soddisfacimento del proprio credito nei confronti del contribuente fallito.

⁴⁰ Cfr. Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5494, secondo cui «la sentenza del giudice tributario emessa nei confronti di un soggetto fallito, allorché il giudizio sia stato intrapreso prima della dichiarazione di fallimento e sia proseguito fra le parti originarie, non può fare stato nei confronti del curatore rimasto estraneo alla lite, attesa la posizione di terzietà che questi assume nel procedimento di verifica nei confronti dei creditori concorsuali e del fallito; ne consegue, qualora la pretesa tributaria sia ancora *sub iudice*, che il credito insinuato dall'agente della riscossione debba essere ammesso al passivo con riserva, sulla base del ruolo emesso dall'Agenzia delle Entrate, previa verifica della sola natura concorsuale del credito e della sussistenza dei privilegi richiesti».

⁴¹ Cass. civ., 20 dicembre 2006, n. 27263; Cass. civ., 19 marzo 2007, n. 6476; Cass. civ., 6 febbraio 2009, n. 2910; Cass. civ., 18 marzo 2014, n. 6248; Cass. civ., 30 aprile 2014, n. 9434.

⁴² Cass. civ., 26 ottobre 2011, n. 22277.

⁴³ Cass. civ., 24 luglio 2014, n. 16816.

⁴⁴ Trib. Reggio Calabria, 23 marzo 2007, n. 425, con nota di ZANICHELLI, *Riscossione tramite ruolo e giurisdizione sull'accertamento dei crediti previdenziali*. in *Fallimento*, 2007, p. 1353.

Vale a dire che l'ente impositore ed il concessionario per ottenere il pagamento del credito vantato nei confronti del fallito devono insinuarsi al passivo fallimentare, in base all'atto (amministrativo o giurisdizionale) che ha accertato definitivamente in sede tributaria il credito tributario.

Al giudice delegato è, dunque, sottratta ogni indagine relativa all'esistenza e quantificazione dell'obbligazione tributaria e alla ritualità del procedimento impositivo, devolute alla giurisdizione esclusiva delle Commissioni Tributarie⁴⁵.

Ad egli compete l'indagine sulla concorsualità del credito e, quindi, sulla sua anteriorità al fallimento, sulla idoneità della documentazione prodotta a sostegno della pretesa azionata e sull'esistenza di eventuali privilegi⁴⁶.

Ne consegue che, ad esempio, il curatore non può eccepire in sede di progetto la prescrizione o del credito tributario, la decadenza dell'ente impositore dalla potestà di pretendere il tributo, non avendo il giudice delegato la giurisdizione sull'esistenza del credito.

La problematica concernente le eccezioni di decadenza e di prescrizione può risultare in gran parte solo apparente.

Innanzitutto va ricordata la differenza tra decadenza e prescrizione. Spesso si genera confusione tra i due istituti, ovvero si chiede in maniera impropria l'applicazione dell'una invece che dell'altra.

In ambito fiscale ricorre quasi esclusivamente l'istituto della decadenza, che comporta la perdita del diritto alla pretesa fiscale in caso di mancato compimento delle attività (di accertamento, di liquidazione, di iscrizione a ruolo) previste dalle singole leggi d'imposta.

In particolare la l. n. 156/2005, che ha convertito il d.l. n. 106/2005, in materia di imposte dirette ed IVA, la l. n. 296/2006 in materia di tributi locali e il d.P.R. n. 131/1986 in materia di Imposta di registro dettano i termini entro i quali i singoli atti devono essere emessi e notificati al contribuente.

La notifica intervenuta dopo il termine concesso dalla legge comporta la decadenza dell'ente impositore dalla potestà di pretendere il tributo e comporta

⁴⁵ Cass. civ., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20112; Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2001, n. 15715. In dottrina, DEL FEDERICO, *Profili di specialità ed evoluzione giurisprudenziale nella verifica fallimentare dei crediti tributari*, in *Fallimento*, 2009, p. 1369; QUATRARO, *I rapporti fra le procedure concorsuali ed il fisco*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 516.

⁴⁶ Al giudice fallimentare è sempre precluso l'esame del merito della pretesa tributaria. Egli ha solo il potere di verifica 'esterna' del titolo (cartella esattoriale, sentenza passata in giudicato), al fine di verificare se il diritto di credito definitivamente accertato sussiste ancora ovvero è estinto: per pagamento, per prescrizione, per compensazione, ovvero non è opponibile alla massa dei creditori ed alla curatela: perché privo di data certa, perché non concorsuale, in quanto sorto dopo la dichiarazione di fallimento e non rientrante tra i cc.dd. crediti di massa, o anche perché il credito si riferisce ad un soggetto diverso dal fallito (ad es.: socio di una s.r.l. fallita).

l'annullamento da parte del giudice tributario dell'atto emesso o notificato oltre il termine di decadenza.

Davanti al giudice fallimentare non è, dunque, mai possibile sollevare un'eccezione di decadenza per decorso dei termini concessi dalle leggi d'imposta, la quale deve essere avanzata solo con ricorso al Giudice tributario, entro i termini previsti dalla legge.

L'eccezione di prescrizione ha un ambito più limitato. Con essa il contribuente deduce l'estinzione del diritto di credito per non essere stato lo stesso azionato, preteso o riscosso, entro il limite temporale previsto dalla legge; il mero decorso del tempo è un fatto estintivo del credito, sia che esso derivi da una pretesa tributaria definitivamente accertata, sia che esso derivi da una pretesa non avente natura tributaria. Orbene, la prescrizione del credito per decorso del termine previsto dalla legge è ben deducibile anche davanti al giudice ordinario, in quanto esso non attiene all'accertamento della pretesa fiscale, la cui cognizione è riservata al giudice tributario, ma costituisce un fatto 'esterno' alla pretesa e soggiace alla regola generale della perdita del diritto se non fatto valere nei termini indicati dalla legge.

Sia l'eccezione di decadenza che quella di prescrizione devono essere sollevate espressamente ed in maniera specifica dalla parte che intende avvalersene, non potendo il giudice, tributario od ordinario, rilevarle d'ufficio.

Come si è rilevato, dunque, l'ente impositore ed il concessionario per ottenere il pagamento del credito vantato nei confronti del fallito devono insinuarsi al passivo fallimentare, in base all'atto che abbia accertato definitivamente in sede tributaria il credito tributario.

È pacifico, allora, che la mancata impugnazione dell'atto impositivo o di riscossione nelle forme e nei termini di legge, da parte del contribuente ancora *in bonis*, preclude in sede di contenzioso tributario (ed ancor più in sede fallimentare) qualunque contestazione da parte del curatore, perché la pretesa è ormai diventata definitiva a seguito della mancata opposizione da parte del contribuente quando non era ancora fallito, unico legittimato all'azione (in tali ipotesi non possono essere sollevate eccezioni di decadenza).

Tra l'altro, poiché la dichiarazione di fallimento non comporta il venir meno dell'impresa, ma solo la perdita della legittimazione sostanziale e processuale da parte del suo titolare, nella cui posizione subentra il curatore fallimentare, gli atti del procedimento tributario formati in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento del contribuente, ancorché intestati a quest'ultimo, sono opponibili alla curatela, mentre quelli formati in epoca successiva debbono indicare quale destinataria l'impresa assoggettata alla procedura concorsuale e, quale legale rappresentante della stessa, il curatore; conseguentemente è stato deciso

che l'accertamento notificato alla società fallita, dopo la dichiarazione di fallimento, non costituisce valido presupposto per l'emissione della cartella esattoriale a carico del fallimento⁴⁷.

Sempre con riguardo agli atti notificati successivamente alla dichiarazione di fallimento, la Suprema Corte ha recentemente avuto modo di precisare che «è illegittimo l'avviso di accertamento notificato al curatore del fallito e motivato mediante rinvio al processo verbale di constatazione non allegato all'atto impositivo, pur essendo stato notificato in precedenza al contribuente *in bonis*»⁴⁸.

Si ritiene, pertanto, illegittima l'omessa allegazione all'atto tributario emesso nei confronti della curatela fallimentare dell'atto richiamato *per relationem*, in precedenza notificato al contribuente *in bonis*.

Se invece la cartella viene notificata, per la prima volta al Curatore fallimentare, trovano applicazione i principi in materia di riparto di giurisdizione; a tal proposito è opportuno analizzare l'ipotesi più frequente, che si verifica con la notifica della cartella esattoriale.

Se in essa sono iscritti solo crediti tributari, la cognizione in sede di opposizione spetta sempre ed unicamente al giudice tributario. In difetto di tempestiva impugnazione, la cartella di pagamento diventa defi-

nitiva e perciò solo titolo per l'ammissione allo stato passivo.

Se, invece, sono iscritti a ruolo anche o esclusivamente crediti *non* aventi natura tributaria, (e tali sono quelli dovuti ad esempio, per contravvenzioni al Codice della Strada, per irrogazione di sanzioni non aventi natura tributaria, per contributi previdenziali), per questi ultimi bisogna operare una ulteriore verifica: se le cartelle sono state notificate prima della dichiarazione di fallimento direttamente al contribuente *in bonis* e sono ormai decorsi i termini per l'opposizione davanti al giudice ordinario competente, in tal caso la cartella è diventata definitiva ed il relativo credito non può essere più contestato dagli organi fallimentari, per cui esso va ammesso al passivo.

Se, invece, la cartella viene notificata dopo la dichiarazione di fallimento al curatore, questi non ha l'obbligo di proporre opposizione davanti al giudice ordinario (ad es: Giudice del Lavoro o giudice di Pace), perché si applica la normativa fallimentare sopra richiamata, la quale prescrive che qualunque pretesa di contenuto patrimoniale deve essere accertata davanti agli organi fallimentari attraverso la verifica dello stato passivo. Pertanto il giudice tributario, adito per una controversia che non ha ad oggetto tributi ovvero rapporti tra contribuente ed ente impositore, nel dichiarare il proprio difetto di giurisdizione deve indicare il giudice (ordinario, amministrativo, contabile) che ritiene munito di giurisdizione, davanti al quale le parti devono riassumere il processo entro il termine di tre mesi dalla definitività della pronuncia sulla giurisdizione, a pena di estinzione del processo (art. 59 l. n. 69/2009 che ha modificato il c.p.c.).

Vale a dire che la notifica al curatore non comporta, in caso di mancata opposizione, la definitività del credito (non erariale), che deve essere sempre vagliato ed ammesso dal G.D., al pari di tutti gli altri crediti concorsuali.

7. L'impugnabilità dell'estratto di ruolo da parte del curatore

L'autonoma impugnabilità dell'estratto di ruolo costituisce un tema molto dibattuto in giurisprudenza, che ha dato luogo a diverse pronunce contrastanti, tanto che la relativa questione è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che non si sono ancora pronunciate⁴⁹.

Una prima corrente giurisprudenziale è orientata nel senso della non ammissibilità del ricorso contro il ruolo, attesa la sua natura di "atto interno" all'Amministrazione, impugnabile solo per vizi propri e nei casi in cui sia notificato autonomamente rispetto alla cartella, assumendo per conseguenza natura impositiva⁵⁰.

⁴⁷ Cass. civ., 6 giugno 2014, n. 12789.

⁴⁸ Cass. civ., 31 marzo 2014, n. 7493, in *Il Fallimento*, 2015, p. 73, decisione interessante perché la Corte di Cassazione si pone in discontinuità rispetto alla giurisprudenza di legittimità, formatasi nel regime anteriore all'entrata in vigore dello Statuto del contribuente, secondo cui l'atto dell'amministrazione finanziaria doveva ritenersi, in questi casi, legittimo. Si riteneva, infatti, che gli atti del procedimento tributario formati in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento del contribuente, ancorché intestati a quest'ultimo, fossero opponibili alla curatela fallimentare ed, in quanto tali, dovessero ritenersi da quest'ultima conosciuti, o comunque conoscibili ben potendo il curatore avere conoscenza dell'atto richiamato, in quanto facente parte della documentazione amministrativa dell'impresa, o chiedere all'amministrazione finanziaria di prenderne visione ed estrarne copia, qualora esso non fosse reperibile fra gli atti presi in consegna (Cass. civ., 14 maggio 2010, n. 11784; Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2806). Con la decisione n. 7493 del 31 marzo 2014, il Supremo Collegio, pur condividendo l'assunto dell'opponibilità alla curatela fallimentare degli atti notificati al contribuente *in bonis*, giunge a diverse conclusioni osservando che, se il subentro nella legittimazione processuale e sostanziale comporta che siano opponibili alla curatela gli atti formati nei confronti della società *in bonis*, tutt'altra questione è quella concernente la necessaria allegazione all'avviso di accertamento notificato alla curatela del verbale di constatazione notificato al contribuente *in bonis*, vicenda che attiene non già alla questione della opponibilità degli atti ma bensì a quella della realizzazione della funzione tipica della motivazione dell'avviso di accertamento la cui finalità non è soltanto quella di "incanalare la pretesa tributaria" (*provocatio ad opponendum*) ma quella di garantire al destinatario dell'avviso di accertamento il più adeguato e spedito esercizio del diritto di difesa, consentendogli di conoscere nel modo più compiuto i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste dall'ufficio finanziario a fondamento dell'atto impositivo e perciò di poterle valutare nell'ottica della tutela degli interessi che pertengono alla procedura e, mediatamente, alla collettività dei creditori.

⁴⁹ La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza interlocutoria dell'11 luglio 2014, n. 16055.

⁵⁰ Cass. civ., 19 marzo 2014, n. 6395; Cass. civ., 15 marzo 2013, n. 6610; Cass. civ., 20 marzo 2013, n. 6906.

Pertanto, secondo tale interpretazione, in difetto della notifica di un atto nel quale il ruolo sia trasfuso, emergerebbe la carenza di un interesse concreto ad attuale, *ex* articolo 100 c.p.c., ad impugnare una imposizione che mai è venuta ad esistenza.

Un secondo orientamento, invece, perviene ad affermare con chiarezza l'autonoma impugnabilità del ruolo attraverso il suo "estratto", sulla premessa che proprio il d.lgs. n. 546/1992, all'articolo 19, prevede l'impugnabilità sia della cartella che del ruolo⁵¹. L'estratto di ruolo sarebbe, quindi, autonomamente impugnabile in quanto altro non è che una riproduzione di una parte del ruolo⁵².

Inoltre, a sostegno di tale tesi, vi sarebbe la considerazione che qualsiasi atto che porti a conoscenza del contribuente una pretesa impositiva, farebbe sorgere immediatamente in capo al destinatario l'interesse *ex* articolo 100 c.p.c. a chiarire, con una decisione idonea ad acquisire effetto non più modificabili, la sua posizione in ordine alla stessa e quindi ad invocare una tutela giurisdizionale.

Tuttavia, indipendentemente dall'attesa decisione dell'organo nomofilattico, sembra che il dibattito in corso sia destinato ad una specifica soluzione in considerazione del fatto che per la Cassazione, con orientamento oramai stratificato⁵³, l'ammissione al passivo dei crediti tributari è richiesta dalle società concessionarie per la riscossione, come stabilito dall'art. 87, comma 2, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel testo introdotto dal d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, sulla base del semplice ruolo, senza che occorra, in difetto di espressa previsione normativa, anche la previa notifica della cartella esattoriale, salva la necessità, in presenza di contestazioni del curatore, dell'ammissione con riserva, da sciogliere poi ai sensi dell'art. 88, comma 2, del d.P.R. n. 602 del 1973, allorché sia stata definita la sorte dell'impugnazione esperibile davanti al giudice tributario⁵⁴.

Ma se è sufficiente ai fini dell'ammissione allo stato passivo il mero ruolo, se possibile la contestazione del curatore e, quindi, l'ammissione con riserva da sciogliere allorché sia stata definita la sorte dell'impugnazione esperibile davanti al giudice tributario, ciò significa che è sempre possibile l'impugnazione del ruolo da parte del curatore il quale, viceversa, si vedrebbe spogliato di ogni tutela.

⁵¹ Cass. civ., 9 gennaio 2010, n. 724; Cass. civ., 18 novembre 2008, n. 27385.

⁵² In argomento, *cf.* BUONAURO, *Impugnabilità dell'estratto di ruolo nel processo tributario*, in questa *Rivista*, 3/2014, p. 140.

⁵³ Cass. civ., 26 febbraio 2008, n. 5063; Cass. civ., 31 maggio 2011, n. 12019; Cass. civ., 14 marzo 2013, n. 6520; Cass. civ., 15 marzo 2013, n. 6646; Cass. civ., 17 marzo 2014, n. 6126, con nota riassuntiva di LA CROCE, *L'insinuazione al passivo dei crediti tributari dall'ermeneutica dell'apparenza alle antinomie irrisolte*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 882; Cass. civ., 25 febbraio 2015, n. 3876.

⁵⁴ Cass. civ., 17 marzo 2014, n. 6126.

In definitiva il curatore che intenda contestare la pretesa tributaria è legittimato all'autonoma impugnazione del ruolo medesimo, secondo quanto previsto dall'art. 19 lett. d) del d.lgs. n. 465/92, senza necessità di attendere la previa notifica della cartella esattoriale⁵⁵.

Ma se l'organo del fallimento è pienamente edotto della pretesa erariale con la comunicazione del ruolo contenuta nella domanda di ammissione, ha da quel momento⁵⁶ la possibilità, ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 465/92, di opporsi a detta pretesa impugnando il ruolo dinanzi alle competenti Commissioni Tributarie.

8. L'esdebitazione del fallito ed i crediti tributari

Questione diversa è quella dell'incidenza sul rapporto tributario della cd. esdebitazione.

L'esdebitazione è un beneficio, previsto dalla legge fallimentare, che consente all'imprenditore – persona fisica – dichiarato fallito di potersi "liberare" dei debiti che residuano nei confronti dei creditori non soddisfatti dopo la chiusura del fallimento.

Più precisamente, l'art. 142 l. fall. (così come introdotto dal d.lgs. n. 5/2006), prevede che, a determinate condizioni, il cui accertamento rientra nelle competenze del Tribunale fallimentare, «*il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti*».

Pertanto, al ricorrere di determinati requisiti⁵⁷, il Tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore può concedere l'esdebitazione,

⁵⁵ Cass. civ., 17 marzo 2014, n. 6126, Cass. civ., 14 marzo 2013, n. 6520; Cass. civ., 15 marzo 2013, n. 6646.

⁵⁶ Cass. civ., 9 dicembre 2014, n. 25846.

⁵⁷ I requisiti che devono sussistere al fine della concessione dell'esdebitazione sono di carattere oggettivo e soggettivo. Devono, infatti, essere soddisfatti alcuni requisiti *oggettivi*, quali: (i) la procedura fallimentare deve essere stata dichiarata chiusa per effetto della ripartizione dell'attivo risultante dal fallimento attraverso un piano di riparto (condizione, questa, che può essere soddisfatta anche quando la chiusura del fallimento è stata determinata dal mancato deposito di domande di ammissione al passivo oppure in ragione del pagamento totale dei crediti); (ii) i creditori concorsuali devono inoltre essere stati, almeno in parte, soddisfatti. Inoltre, è richiesto il rispetto di alcuni requisiti *soggettivi*, poiché il beneficio dell'esdebitazione può essere concesso solo agli imprenditori che abbiano improntato il proprio comportamento a principi di correttezza e di trasparenza nei confronti della procedura fallimentare; l'imprenditore infatti: (i) deve aver cooperato con gli organi della procedura fallimentare, mettendo a disposizione tutte le informazioni e la documentazione necessaria ad accertare lo stato d'indebitamento della fallita; (ii) non deve aver ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura fallimentare; (iii) deve aver consegnato al curatore fallimentare tutta la corrispondenza riguardante i rapporti compresi nel fallimento; (iv) non deve aver rappresentato una situazione contabile dell'impresa fallita diversa dalla realtà, attraverso comportamenti diretti a distrarre l'attivo dal patrimonio dell'impresa oppure esponendo passività inesistenti; (v) non deve aver beneficiato di esdebitazione nei dieci anni precedenti.

dichiarando *inesigibili* i debiti non soddisfatti integralmente che, in tal modo, vengono estinti.

In ragione di ciò i creditori non potranno richiedere il pagamento di interessi, né potranno pretendere dal debitore il pagamento di debiti residui di cui erano titolari, ammessi allo stato passivo, che il fallito non è stato in grado di soddisfare integralmente, né di quei debiti anteriori alla procedura di fallimento, di cui erano titolari i creditori che non hanno depositato domanda di ammissione al passivo (in tal caso, però, l'esdebitazione opera solo per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari rado).

Restano, invece, esclusi dall'esdebitazione, come sancito dall'art. 142, terzo comma, l. fall:

- a) i debiti relativi agli obblighi di mantenimento e alimentari e, comunque, le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa⁵⁸.
- b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Come evidenziato dalla giurisprudenza più recente⁵⁹, emerge fin da una prima lettura che i crediti tributari non siano esplicitamente esclusi dall'esdebitamento; osservazione, questa, non priva di rilievo, atteso che in altre disposizioni il legislatore si è preoccupato di dettare specifiche disposizioni attinenti ai crediti tributari (cfr. art. 182-ter, l. fall.).

Inoltre, occorre rilevare che il regime dei debiti tributari è regolato dalla l. 3/2012 (come modificata ed integrata dal d.l. n. 179/2012 conv. in l. 212/2012), la quale ha riconosciuto l'operatività del principio di "esdebitamento" anche nei confronti di soggetti non contemplati dalla legge fallimentare.

Orbene, per escludere dall'ambito applicativo dell'esdebitazione i crediti tributari, si potrebbe sostenere che le obbligazioni tributarie sarebbero "estranee all'esercizio dell'impresa" in quanto sarebbero collegate all'esercizio dell'impresa da un rapporto meramente occasionale.

Al riguardo, occorre tener conto del significato letterale dell'espressione adoperata dal legislatore; in questa ottica è necessario dare un contenuto al concetto di "rapporti estranei all'esercizio dell'impresa".

Si è in presenza di una locuzione che si comprende *a contrario*, considerando, cioè, cosa si intenda per rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa.

Per tradizione, con tale locuzione il legislatore si riferisce alle obbligazioni che un soggetto assume nella qualità di imprenditore.

Esse, di regola, sorgono a seguito della stipulazione dei c.d. contratti di impresa (già conosciuti dal codice di commercio del 1882 come "atti di commercio"), vale a dire quei contratti che l'imprenditore conclude per finalità di impresa, ossia allo scopo di procurarsi i fattori della produzione (contratti con i fornitori, contratti di lavoro subordinato ed in genere di collaborazione), ovvero per assicurarsi il guadagno dell'attività (contratto di vendita, appalto, ed altri).

Se si tiene conto di ciò, non potrà che concludersi nel senso che i debiti estranei all'esercizio dell'impresa sino quelle obbligazioni che non rispondono alla finalità imprenditoriale, vale a dire che non sono assunte con finalità di produzione dei beni e servizi e di successiva collocazione degli stessi sul mercato.

Secondo una singolare ed isolata interpretazione, tra questi rientrerebbero i debiti tributari in quanto il debito tributario non sarebbe assunto in ragione della qualità di imprenditore rivestita dal debitore, né con finalità di impresa, poiché, sarebbe un debito che grava su tutti i cittadini e la cui finalità è quella di concorrere alla spesa pubblica (secondo quanto espressamente sancito dall'art. 53 Cost.).

Il debito tributario, dunque, secondo tale impostazione, può sorgere "in occasione" dell'attività di impresa, ma non è un debito "inerente" all'attività di impresa e, pertanto, dovrebbe ritenersi ricompreso nei "rapporti estranei all'esercizio dell'impresa" di cui all'art. 142, comma 3, lett. a).

Tale tesi, come osservato anche dalla Suprema Corte, non può essere avallata atteso che sussistono indubbiamente oneri tributari (e piuttosto rilevanti) che sicuramente sono «derivanti da rapporti non estranei all'esercizio dell'impresa. Fra questi rientrano sicuramente IVA ed IRAP che sono dovute proprio e soltanto perché le operazioni economiche da cui scaturiscono costituiscono esercizio dell'impresa (diverso è il caso dell'IMU su una casa di abitazione)»⁶⁰.

Né pare possibile, per escludere dall'ambito applicativo dell'esdebitazione i crediti tributari, invocare l'art. 53 Cost. e, quindi, la inderogabilità dei crediti tributari in quanto espressione del dovere di ogni soggetto di concorrere alle spese pubbliche, il che condurrebbe «ad una dichiarazione di incostituzionalità di tutta la normativa sull'esdebitamento e in fondo di tutta una prassi legislativa che previsto la "definizione agevolata", o addirittura l'abbandono di crediti tributari»⁶¹.

È difficile, infatti, individuare un qualche credito cancellato dall'esdebitamento che non goda di tutela costituzionale (è ad esempio ovvio che ne godono i crediti del lavoratore).

Ciò che occorre tenere in considerazione è che l'esdebitazione si pone come un "aiuto" che permette

⁵⁸ La lettera a) è stata così modificata dal d.lgs. n. 169/2007, art. 10, comma 1, a decorrere dal 1 gennaio 2008 (in precedenza si parlava dei crediti "non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46", ma si può ritenere che la modifica abbia avuto un portata meramente interpretativa).

⁵⁹ Cass. civ., ord. Interlocutoria, 30 ottobre 2014, n. 23129.

⁶⁰ Cass. civ., ord. Interlocutoria, 30 ottobre 2014, n. 23129, *cit.*

⁶¹ Cass. civ., ord. Interlocutoria, 30 ottobre 2014, n. 23129, *cit.*

all'imprenditore fallito di poter avviare una nuova attività di impresa senza dover sopportare il peso di debiti residui derivanti dal fallimento ormai chiuso, poiché vengono, di fatto, azzerate tutte le posizioni debitorie fallimentari.

Il legislatore, dunque, in vista di un bilanciamento di interessi (e disposizioni costituzionali) contrapposti, sacrifica i diritti dei creditori, in ragione dell'obiettivo di consentire al fallito incolpevole (ed in genere a tutti gli indebitati) di riprendere la propria attività economica senza il timore di dover versare quasi tutto il percepito ai creditori.

In conclusione, dunque, può pacificamente affermarsi che le obbligazioni tributarie non sono escluse dall'esdebitazione, per cui il fallito che abbia beneficiato della liberazione dai debiti residui, cui il decreto di cui all'art. 142 l. fall., non è più tenuto al pagamento delle somme dovute nei confronti dell'erario.

9. Il fallimento di società di persone

Se il fallimento concerne una società di persone, i principi esposti valgono sia per la società che per i soci illimitatamente responsabili dichiarati anch'essi falliti.

Il principio in base al quale il soggetto legittimato ad agire per gli atti emessi nei confronti di una società è il legale rappresentante della stessa, comporta che in caso di fallimento legittimato a proporre ricorso è il curatore fallimentare, e non anche i soci.

Pertanto è consentito ai singoli soci (non amministratori) di proporre il ricorso non avverso l'atto che riguarda la società, bensì avverso e soltanto quegli atti che li riguardano personalmente (ad esempio, accertamento del maggior reddito IRPEF da imputazione *pro quota* degli utili societari).

Va, però considerato che il ricorso tributario proposto, anche avverso un solo avviso di rettifica, da uno dei soci o dalla società riguarda inscindibilmente sia la società che tutti i soci – salvo il caso in cui questi prospettino questioni personali –, sicché tutti questi soggetti devono essere parte dello stesso procedimento e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni soltanto di essi, configurandosi un caso di litisconsorzio necessario originario.

Tale regola, applicabile nell'ipotesi di società *in bonis*, affievolisce, nell'ipotesi di avviso di accertamento notificato al curatore del fallimento di società di persone, estendendosi la rappresentanza processuale del curatore a tutte le controversie relative ai rapporti compresi nel fallimento, così che, essendo egli libero di agire nell'interesse di ciascun soggetto rappresentato e, dunque, sia della società, che dei suoi soci, l'integrità del contraddittorio viene ad essere garantita dall'unicità del curatore⁶².

Nel caso in cui un avviso di accertamento relativo ad imposte sui redditi sia notificato ad una società in

accomandita semplice che abbia cessato l'attività senza fase di liquidazione, e quindi senza nomina di un liquidatore, la legittimazione all'impugnazione può essere riconosciuta al socio accomandatario, in via eccezionale, anche se quest'ultimo sia stato dichiarato fallito in proprio, dovendo ritenersi – alla luce di un'interpretazione sistematica dell'art. 43 l. fall. e dell'art. 10 d.lgs. n. 546/1992, conforme ai principi costituzionali del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla difesa – che egli conservi la rappresentanza legale della società, non essendo individuabile in tempo utile alcun soggetto in grado di rappresentarla in giudizio, e non potendo negarsi il suo interesse all'impugnazione, avuto riguardo alla necessaria ricaduta degli esiti dell'accertamento a suo carico ed a carico degli altri soci, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 917/1986⁶³.

10. Rapporti tra processo tributario ed altre procedure concorsuali: in particolare, il concordato preventivo

Lo spossessamento consegue unicamente alla dichiarazione di fallimento, ovvero alla liquidazione coatta amministrativa ed all'amministrazione straordinaria, ma non trova applicazione in pendenza di una procedura di concordato preventivo, in cui l'imprenditore non perde la propria capacità processuale.

Il processo tributario, dunque, deve essere interrotto anche in caso di sottoposizione dell'imprenditore ad una procedura di liquidazione coatta amministrativa (v. art. 200 l. fall. che richiama, tra gli altri, l'art. 42 l. fall.) e di amministrazione straordinaria (v. art. 19, comma 3, d.lgs. n. 270/1999 che richiama, tra gli altri, gli artt. 42 e 43 l. fall.).

Pertanto, se il ricorso alla CTP deve essere proposto da un imprenditore, individuale o collettivo, che abbia presentato una domanda di ammissione al C.P., specie se 'in bianco' (preconcordato), non sorgono particolari problemi, perché egli gode ancora del completo esercizio dei propri diritti, e non vi è ancora alcun soggetto che possa agire in sua vece. Anche dopo l'ammissione al C.P. da parte del Tribunale, e quindi con la nomina del Commissario Giudiziale, non sorgono dubbi sulla titolarità del diritto d'azione, che permane in capo all'imprenditore.

Infatti, il debitore ammesso al concordato preventivo subisce uno "spossessamento attenuato", in quanto conserva l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura, e, di conseguenza, la legittimazione processuale; manca nel concordato una previsione analoga a quella dettata dall'art. 43 l. fall. per il fallimento. Perciò egli mantiene la legittimazione processuale per tutti gli atti che attengono al suo patrimonio,

⁶² Cass. civ., 17 dicembre 2010, n. 25616.

⁶³ Cass. civ., 25 giugno 2009, n. 14980.

ivi compresi quelli tributari⁶⁴ ed è pertanto legittimato ad impugnare gli atti nei suoi confronti⁶⁵.

L'avviso di accertamento tributario emesso nei confronti di società ammessa al concordato preventivo con cessione dei beni deve essere, pertanto, notificato al rappresentante legale e non al commissario liquidatore, atteso che il debitore concordatario è l'unico legittimato passivo in ordine alla verifica dei crediti dopo l'omologazione del concordato, sussistendo la legittimazione del liquidatore solo nei giudizi relativi a rapporti obbligatori sorti nel corso ed in funzione delle operazioni di liquidazione⁶⁶.

Si discute se sia necessaria o meno l'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l.fall.

Dopo l'omologazione del concordato, le tesi sul punto non sono univoche; si ritiene che se si tratti di una controversia relativa a beni e rapporti non ricompresi nel c.p., nel senso che non formano oggetto della proposta concordataria, permane la legittimazione in capo al contribuente; se invece tali rapporti ineriscono alla proposta, e sono quindi oggetto di godimento, di cessione o di garanzia per il soddisfacimento dei creditori, si ritiene che vi sia la legittimazione, anche concorrente, del Commissario, giudiziale o liquidatore, ad agire per la tutela di tali diritti, almeno in qualità di interventore nel processo.

Più precisamente, anche in caso di omologa di un concordato con cessione dei beni, al debitore in C.P. è riconosciuta la legittimazione attiva volta all'accertamento negativo dei diritti di credito da altri pretesi. Maggiori discussioni ha dato luogo la questione relativa alla legittimazione passiva nei giudizi aventi ad oggetto crediti vantati da terzi nei confronti del debitore: la questione è stata risolta dalla sentenza delle Sezioni Unite del 28 maggio 1987 n. 4779, che ha così deciso «a seguito dell'omologazione del concordato preventivo con cessione *pro solvendo* dei beni, si determina, rispetto ai crediti concordatari, la scissione fra titolarità del debito, che resta all'imprenditore, e legittimazione all'adempimento, che compete al liquidatore. Pertanto, nella controversia promossa dal creditore, per sentir accertare il carattere concordatario delle proprie ragioni, i predetti soggetti assumono la qualità di litisconsorti necessari, anche agli effetti dell'art. 102, comma 2, c.p.c.».

Mette conto segnalare, infine, che il commissario liquidatore di un concordato preventivo con cessione dei beni (secondo la disciplina previgente alla modifica di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) che, nell'esercizio del proprio ufficio, stipuli un contratto di vendita immobiliare non è soggetto passivo dell'INVIM ai sensi

dell'art. 4 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, dovendo egli qualificarsi come mandatario dei creditori per la liquidazione dei beni del debitore, il quale rimane nella piena proprietà dei beni venduti, con l'assunzione della posizione di parte in senso sostanziale in tutti gli atti concernenti il suo patrimonio, nonché nei rapporti tributari a lui direttamente facenti capo⁶⁷.

⁶⁴ Cass. civ. 8 giugno 2011, n. 12422, con nota di ZENATI, *La soggettività tributaria durante la procedura di concordato preventivo resta al debitore*. in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2011, p. 1065.

⁶⁵ *Ex plurimis*, Cass. civ., 16 marzo 2007, n. 6211.

⁶⁶ Cass. civ., 10 giugno 2009, n. 13340.

⁶⁷ Cass. civ., 13 dicembre 2013, n. 27897.

Rassegna delle sentenze della Corte di Cassazione in materia tributaria

CORTE DI CASSAZIONE

Cancellazione dal registro delle imprese – Resurrezione fiscale – Art. 2495 c.c. – D.lgs. 21 novembre 2014 n. 175 Art. 28 – Irretroattività

L'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175/2014 non ha effetto retroattivo. La c.d. resurrezione fiscale delle società, ovvero, il differimento quinquennale (operante nei soli confronti dell'amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione, indicati nello stesso comma, con riguardo a tributi o contributi) degli effetti dell'estinzione della società derivanti dall'art. 2495 c.c., comma 2, si applica esclusivamente ai casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese sia presentata nella vigenza di detto decreto legislativo (cioè il 13 dicembre 2014 o successivamente). I giudici della Suprema Corte, dopo una attenta analisi ermeneutica della disciplina in questione, ne hanno sancito la natura sostanziale e irretroattiva e ciò in base sia al generale disposto del comma 1 dell'art. 11 preleggi, sia alla luce del comma 1 dell'art. 3 dello statuto dei diritti del contribuente, secondo cui «le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo». La Cassazione ha poi ricostruito la ratio dell'art. 28, consistente nell'evitare che le azioni di recupero poste in essere dagli enti creditori possano essere vanificate dall'estinzione, smentendo quindi la tesi della natura procedimentale e retroattiva della disciplina, accolta in precedenza dall'Agenzia delle Entrate.

Cass. civ., sez. V, 02 aprile 2015, n. 6743

Pres. Piccininni, Rel. Bielli

Percentuale di ricarico – Antieconomicità – Presunzione di ricavi – Media ponderata – Prezzo della merce – Accertamento induttivo

Nonostante la condotta antieconomica, la percentuale di ricarico può essere determinata induttivamente dall'ufficio solo sulla base di una media ponderata e considerando l'eterogeneità dei beni venduti. Infatti, non è legittima la presunzione di ricavi, maggiori di quelli denunciati, fondata sul raffronto tra prezzi di acquisto e di rivendita operato solo su alcuni articoli, anziché su un inventario generale delle merci da porre a base dell'accertamento, e neppure è legittimo l'utilizzo della media semplice, anziché quello della media ponderata, quando tra i vari tipi di merce esiste una notevole differenza di valore. Inoltre, la determinazione in via presuntiva della percentuale di

ricarico effettiva sul prezzo della merce venduta deve avvenire adottando un criterio che sia coerente con la natura e le caratteristiche dei beni presi in esame, applicato ad un campione di beni scelto in modo appropriato. Nel caso di specie l'amministrazione finanziaria ha sbagliato ad assemblare una serie di prodotti diversi in macrocategorie omnicomprensive.

Cass. trib., sez. V, 4 marzo 2015, n. 4312

Pres. Piccininni, Est. Valitutti

Processo tributario – Tarsu – Esenzione – Esclusione – Onere della prova

In tema di Tarsu (tassa di smaltimento dei rifiuti ordinari solidi urbani) il presupposto per l'applicazione, secondo l'art. 62, del d.lgs. n. 507/193, è l'occupazione o la detenzione di locali e aree scoperte adibite a qualsiasi destinazione. Ne conseguono l'esenzione o l'esclusione dalla tassazione di parte delle aree utilizzate in quanto inidonee a produrre rifiuti. In particolare, la Consulta ha chiarito che l'amministrazione è tenuta a dimostrare la capacità di una certa area a generare rifiuti speciali e non ordinari; viceversa, sul contribuente incombe l'onere di delimitare adeguatamente l'area e di presentare idonea documentazione al fine di poter applicare all'area una tassazione ordinaria in luogo di una imposizione sui rifiuti speciali, ponendosi tale esclusione come eccezione alla regola generale secondo cui al pagamento del tributo sono astrattamente tenuti tutti coloro che occupano o detengono immobili nel territorio comunale.

Cass. trib., sez. V, 22 aprile 2015, n. 8184

Pres. Merone, est. Terrusi

CORTE DI GIUSTIZIA

Art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Principio del *ne bis in idem* – Normativa nazionale che prevede una sanzione amministrativa e una sanzione penale per omesso versamento di ritenute fiscali – Mancata attuazione del diritto dell'Unione – Incompetenza manifesta.

*La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non è competente a decidere su una questione relativa al *ne bis in idem*, in quanto l'interpretazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce tale principio, è rimessa alla Corte di Giustizia solo per le questioni*

relative all'attuazione del diritto dell'UE. La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte dal Tribunale di Torino, invece, ha ad oggetto il mancato versamento di ritenute alla fonte relative all'imposta sul reddito (e non violazioni di obblighi in materia di IVA, che invece rientrerebbero nella sfera di competenza della Corte).

C.G.U.E. del 15 aprile 2015, *Burzio*, causa C-497/14

Fiscalità – Fornitura libri elettronici o digitali – IVA – Aliquota ridotta – Prestazione di servizi prestati tramite mezzi elettronici

La sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso in esame, ha definito la distinta disciplina applicabile alla fornitura di libri cartacei ed elettronici negando al Granducato di Lussemburgo l'applicazione delle aliquote ridotte IVA alle operazioni di fornitura di questi ultimi. Lo Stato membro aveva ritenuto che le cessioni di ebook potessero beneficiare dell'aliquota super ridotta del 3% sulla base delle prescrizioni contenute nella

Direttiva 2006/112/CE inquadrando le stesse fra quelle indicate al punto 6 dell'Allegato III, ovvero quali "fornitura di libri su qualsiasi supporto fisico". Secondo la Commissione però il libro elettronico, nonostante necessiti di un supporto fisico per la sua lettura è ceduto in maniera autonoma dal supporto e pertanto non rientra fra i beni indicati al punto 6. Contrariamente verrebbe svuotata di senso la prescrizione "su qualsiasi supporto fisico". Inoltre occorre rammentare che la fornitura di ebook non può essere considerata cessione di beni, difettando in tal caso il bene materiale oggetto di trasferimento dato che lo stesso è ceduto privo di supporto idoneo alla lettura. L'attività di fornitura può essere considerata piuttosto come prestazione di servizi resa attraverso internet che ai sensi dell'art. 98 par. 2 della Direttiva Iva non può beneficiare di agevolazioni fiscali.

C.G.U.E., 5 marzo 2015, C-502/13,

Commissione Europea c/ Granducato di Lussemburgo

Diritto internazionale

LA SENTENZA DELLA CORTE EDU NEL CASO <i>CESTARO</i> : CONFERMA DI DEFICIENZE STRUTTURALI NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE	178
di Lauso Zagato	
IL RICONOSCIMENTO DELLA <i>KAFALAH</i> NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO	186
di Rosa Anna Pelliccia	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	194



La sentenza della Corte EDU nel caso *Cestaro*: conferma di deficienze strutturali nell'ordinamento nazionale

abstract

On 7 April 2015, the European Court of Human Rights rendered its judgment on the *Cestaro* case, related to the facts occurred in the Diaz school in Genoa, Italy, during the night of 21 July 2001. The Court found that Italy violated Article 3 of the European Convention on Human Rights both on substantial and procedural grounds. As for the first aspect, the judges confirmed that the ill-treatment sustained by the applicant when the police stormed the Diaz-Pertini school amounted to "torture", hence the most severe among the violations of Article 3, and not to "inhuman or degrading treatment". Concerning the procedural aspect, the Court affirmed, in line with the Italian Court of Cassazione, that a sufficient investigation on the facts occurred that night has never been carried out. According to the Court, this result could not be imputed to the domestic courts, but rather to the fact that the Italian criminal legislation showed structural shortcomings. After discussing some elements of the judgment, this article focuses in its conclusive part on the draft law related to the introduction of the offence of torture in the Italian legal system and on its related problematic aspects. Finally, the judgment in the *Cestaro* case is analyzed in light of the judgments rendered last Autumn in the cases *Sharifi* and *Tarakhel*, from which some, although not comforting at all, conclusions will be drawn.

keywords

Torture and inhuman or degrading treatment – conditions for the admissibility of appeals – the obligation of the State to conduct an effective investigation – obligation to identification and punishment of those responsible for torture not fictitious – structural deficiencies of the Italian system – introduction in Italy of the tortures' crime – the fulfillment of international obligations.

abstract

Il 7 aprile 2015 la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sul ricorso del signor *Cestaro* in relazione ai cd. "fatti della Diaz". La Corte, nel mentre respinge l'eccezione di irricevibilità proposta dallo Stato italiano, riconosce esservi stata violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia sotto il profilo materiale che sotto quello procedurale. Sotto il primo profilo i giudici confermano anzi che quella subita dal signor

Cestaro è da ritenersi a tutti gli effetti tortura, cioè la più grave tra le violazioni del divieto posto dall'art. 3, e non trattamento inumano o degradante. Sotto il profilo procedurale la Corte stabilisce, come del resto anticipato dal giudice di legittimità italiano, non esservi stata una inchiesta efficace sugli avvenimenti portati al suo giudizio. La responsabilità di tale situazione non può essere addebitata alla magistratura, quanto a gravi deficienze strutturali dell'ordinamento giuridico nazionale. Dopo aver discusso alcuni aspetti della pronuncia, il contributo nell'ultima parte si sofferma sul progetto di legge sull'introduzione del reato di tortura in Italia (9 aprile 2015) e sulle sue significative criticità. Da ultimo la sentenza *Cestaro* viene esaminata alla luce delle sentenze *Sharifi* e *Tarakhel* dell'autunno 2014; se ne traggono ulteriori, certo non tranquillizzanti, considerazioni finali.

parole chiave

Tortura e trattamento inumano o degradante – condizioni per l'irricevibilità dei ricorsi – obbligo da parte dello Stato di condurre una effettiva inchiesta – obbligo di individuazione e punizione non fittizia dei responsabili di tortura – deficienze strutturali dell'ordinamento italiano – introduzione in Italia del reato di tortura – adempimento degli obblighi internazionali.

sommario

1. Piano del lavoro. – 2. Gli avvenimenti della Diaz e la fatica del giudice nazionale. – 3. Sulla ricevibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo. – 4. Profili materiali. – 5. Profili procedurali. – 6. Sulla necessità di distinguere tra tortura e trattamento inumano o degradante: una interpretazione. – 7. Il progetto di legge approvato dalla Camera dei deputati. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Piano del lavoro

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) si è recentemente pronunciata (Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*) sui fatti accaduti la notte tra il 21 e il 22 luglio 2001 nei complessi scolastici "Diaz-Pertini" e "Diaz-Pascoli" di Genova¹.

¹ Per i commenti relativi alla sentenza oggetto del presente contributo si veda anche: M.D. ALAGNA, *La Corte europea dei dirit-*

Con tale pronuncia – destinata peraltro a non essere l'ultima sulla vicenda, perché incombono presso la stessa Corte EDU i ricorsi relativi agli avvenimenti di quei giorni nella caserma Bolzaneto – la Corte di Strasburgo, fatto insolito nei casi di ricorso per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), alla stregua del quale “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, fa interamente proprie le conclusioni cui era giunto il giudice nazionale, di merito prima, di legittimità poi. Di seguito si analizzeranno i profili materiali e procedurali della sentenza, per tornare poi sulla proposta di legge relativa all'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano del reato di tortura; sarà allora giocoforza confermare i dubbi espressi da ampia parte della dottrina circa l'idoneità della previsioni contenute nel testo approvato dalla Camera dei deputati sulla scia della pronuncia *Cestaro*, a garantire l'adeguata osservanza degli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese. Ciò, s'intende, qualora fosse confermata la volontà politica del legislatore di portare a conclusione l'iter parlamentare di tale proposta.

Il contesto anche temporale in cui la pronuncia del 7 aprile 2015 si colloca imporrà, in sede conclusiva, ulteriori e più preoccupanti considerazioni d'insieme.

2. Gli avvenimenti della Diaz e la fatica del giudice nazionale

In breve: l'irruzione della Polizia alla “Diaz-Pertini”, sede assegnata ufficialmente nelle settimane precedenti dalle autorità cittadine ai responsabili del Genova Social Forum (GSF), venne decisa nella sera stessa del 21 luglio, nella dichiarata convinzione – rivelatasi priva di fondamento – che ivi alloggiassero per la notte, a parecchie ore ormai dalla conclusione delle manifestazioni, numerosi *black block*, o comunque individui protagonisti dei gravi episodi di violenza del 20 e 21 luglio. Avrebbe dovuto trattarsi, spiegarono in seguito i responsabili della Polizia, di un'operazione suddivisa in due fasi: dapprima messa in sicurezza dell'edificio, indi perquisizione vera e propria. In realtà l'uso della violenza ad opera dei reparti protagonisti dell'irruzione iniziò immediatamente, ancora all'esterno dell'edificio. All'interno di questo si realizzarono poi gli episodi di brutalità oggetto del processo; ciò in un contesto – giova ricordare – di mancanza di resistenza da parte degli occupanti, in gran parte

già sistemati per la notte. Tra questi vi era il signor Cestaro, il più anziano (sessantaduenne all'epoca) tra coloro che si trovavano all'interno della Diaz. Egli subì quella notte gravi lesioni, in parte di natura permanente, per le quali avrebbe in seguito ottenuto un risarcimento. Accortisi gli agenti che nell'adiacente edificio della scuola “Diaz-Pascoli” alcuni giornalisti stavano riprendendo (e una stazione radio privata mandando in onda in tempo reale una sorta di cronaca) quanto avveniva alla “Diaz Pertini”, una unità si recò in tale edificio dove distrusse le apparecchiature in discorso, ed i computer degli avvocati del GSF. L'indomani, in una conferenza stampa del responsabile dell'irruzione, vennero mostrate le famose bottiglie Molotov, di cui si asseriva il rinvenimento nei locali della “Diaz Pertini”. Le persone trovate e arrestate alla Diaz, che nel corso della notte erano state trasferite alla caserma Bolzaneto, furono accusate di saccheggio, devastazione, resistenza aggravata, porto abusivo di armi. Da tutte queste accuse sarebbero stati in seguito, *tutti* senza eccezione, pienamente prosciolti.

L'inchiesta della magistratura su quegli avvenimenti, iniziata subito dopo i fatti, ma proceduta a rilento per i motivi che emergeranno, avrebbe portato al rinvio a giudizio di 28 funzionari, cui se ne sarebbero aggiunti altri tre. In relazione ai fatti della “Diaz-Pertini” le accuse erano di falso intellettuale, calunnia semplice e aggravata, abuso d'autorità, lesioni semplici e aggravate, porto abusivo di armi da guerra (il tipo di manganelli utilizzati). Per questi capi d'imputazione 12 accusati sarebbero stati condannati dal Tribunale di Genova a conclusione del processo di primo grado (sentenza del 13 novembre 2008) a pene varianti dai due ai quattro anni con inibizione a ricoprire cariche pubbliche durante l'esecuzione della sentenza, nonché al pagamento, in una con il Ministero dell'interno, di indennizzi (il signor Cestaro, in particolare, avrebbe ricevuto, in conclusione dei vari gradi di giudizio, 39.000 euro). Gli accusati godettero peraltro del riconoscimento di ampie circostanze attenuanti e, soprattutto, poterono beneficiare dell'indulto. Ciò portò alla remissione totale della pena per 10 condannati su 12, mentre l'unico condannato a 4 anni otteneva la remissione di 3 anni di carcere.

Nel merito, la sentenza del Tribunale di primo grado cerca di mediare tra opposte esigenze e sensibilità: rigorosa nello smontare la falsificazione delle prove a danno delle persone che si trovavano all'interno della Diaz, (nel caso delle molotov la falsificazione era stata svolta con tale imperizia da trasformare, nel tempo, il dramma in una vicenda farsesca) e nel riconoscere la gravità della violenza subita dalle persone sorprese nell'edificio; rimaneva disperatamente aggrappata alla tesi di una perquisizione sfuggita al controllo, rifiutando di prendere in considerazione l'evidenza di una spedizione punitiva contro i manifestanti. Sarebbero esistiti al momento della decisione, insistono i giudici

ti dell'uomo qualifica gli atti di Genova come tortura, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, pp. 403-408; G. BORGNA, *L'insostenibile leggerezza del non-essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni al margine del caso Cestaro c. Italia*. 11 aprile 2015, www.sidi-asil.org; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della “Diaz-Pertini”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'immunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2015.

di primo grado, validi motivi per l'irruzione, poi subito degenerata.

Nel processo di secondo grado la Corte d'appello di Genova (sentenza del 18 maggio 2010) condanna 17 accusati per falso, nove per lesioni aggravate, uno per porto abusivo di armi da guerra, confermando le disposizioni di primo grado per il pagamento dei danni. Soprattutto, ricostruisce con puntualità la natura di spedizione punitiva dell'intera operazione, e il clima di pressione psicologica sugli stessi agenti – necessità di procedere ad ogni costo a degli arresti per dare una dimostrazione di forza all'opinione pubblica – in cui i fatti si erano svolti. Peraltro proprio questa pressione esterna giustificerebbe, ad avviso dei giudici d'appello, la scelta di mantenere le pene comminate nel quadro dei minimi edittali.

Adita dal Procuratore generale presso la Corte d'appello, oltre che dagli accusati, dal Ministero dell'interno e da alcune delle vittime (altri, tra cui il signor Cestaro, si sarebbero costituiti in dibattimento), la Corte di Cassazione dichiara (sentenza 5 luglio 2012) l'avvenuta prescrizione del delitto di lesioni aggravate. Nella sua pronuncia fa propria ed esplicita la tesi, adombrata dal procuratore generale presso la Cassazione, della inadeguatezza delle punizioni inflitte agli accusati; fa propri inoltre i dubbi di costituzionalità espressi da quest'ultimo circa l'applicabilità della prescrizione a reati commessi in violazione dell'art. 3 CEDU, per contrasto con l'art. 117 primo comma della Costituzione. In virtù dell'assenza, nell'ordinamento penale italiano, di una previsione penale ad hoc, i comportamenti delle forze dell'ordine in esame, pur costituendo senza alcun dubbio, per la loro gravità, una violazione degli obblighi incombenti sullo Stato italiano (parr. 77-78), avevano potuto essere perseguiti solo come lesioni semplici o aggravate, delitti cui l'istituto della prescrizione si applica ex art. 157 del codice penale. I giudici della Suprema Corte, insomma, per un verso pongono con fermezza l'accento sulla gravità dell'assenza del delitto di tortura nell'ordinamento italiano; per l'altro verso ritengono tuttavia di doversi fermare davanti “all'ostacolo insuperabile dell'art. 25 Cost., che riserva la materia dei reati e delle sanzioni penali al potere legislativo²” non attribuendo alla Corte di legittimità il potere di intervenire modificando le regole relative alla prescrizione.

Resta da parlare dell'*iter* giudiziario relativo ai fatti della “Diaz-Pascoli”. Anche in questo caso la posizione assunta dagli organi giudiziari si fa più ferma con il succedersi delle varie fasi del processo. Mentre il giudice di primo grado aveva giudicato l'irruzione in tale edificio ... frutto di un errore materiale di identificazione dei locali da perquisire (*sic!*), il giudice d'appello constatava esservi stata una precisa volontà di sop-

pressione delle prove di quanto stava avvenendo alla “Diaz-Pertini”, dimostrata anche dalla distruzione volontaria dei computer degli avvocati. Tuttavia la Corte d'appello doveva constatare l'avvenuta prescrizione dei fatti imputati (perquisizione arbitraria e danni materiali). La Cassazione giudica corrette le conclusioni raggiunte dalla Corte d'Appello.

3. Sulla ricevibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo

Nel giudizio davanti alla Corte EDU lo Stato italiano eccepiva la non ricevibilità del ricorso sostenendo per un verso che il risarcimento ottenuto toglieva al signor Cestaro la qualifica di vittima; per l'altro verso, che il ricorso ex art. 35 CEDU non sarebbe stato ricevibile in quanto avviato subito dopo la sentenza d'appello, senza aspettare quindi l'espletamento dei ricorsi interni.

La Corte disattende le richieste dello Stato italiano; lo fa peraltro rimandando la risposta alla conclusione dell'esame della violazione dell'art. 3 CEDU sotto il versante procedurale. Avrà modo ivi di stabilire (punto 151), in relazione al previo espletamento dei ricorsi interni, che la previsione va applicata “*avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif*”. Ricordando passate pronunce – alcune di grande rilievo, a partire da *Selmouni v. France* (Grande Camera, 28 luglio 1999) – i giudici di Strasburgo ribadiscono che il previo espletamento dei ricorsi interni non riveste un carattere assoluto, ma è nozione da intendersi in relazione alle circostanze della causa.

Per quanto riguarda l'altro motivo di irricevibilità sostenuto dal governo italiano, la Corte ricorda come, alla stregua della sua giurisprudenza costante (sentenze: *Gäfgen c. Germania*, 30 giugno 2008; *Vladimir Romanov c. Russia*, 24 luglio 2008; *Krastanov c. Bulgaria*, 30 settembre 2004, tra le altre), in caso di comportamenti da parte di agenti dello Stato che rilevano dell'art. 3, la possibilità della vittima di fare ricorso alla Corte è esclusa solo ove si verificano cumulativamente due condizioni: di queste l'avvenuto pagamento di una indennità costituisce solo la seconda (punti 229 ss.). La prima e fondamentale condizione è che sia stata condotta ad opera dello Stato una inchiesta effettiva e approfondita che porti all'individuazione del (o dei) colpevoli (oltre, par. 5).

4. Profili materiali

Sotto il profilo materiale, il sig. Cestaro fonda il proprio ricorso sulla ricostruzione puntualmente svolta dai giudici di merito: ricorda la gravità delle lesioni subite, il comportamento tenuto al momento dell'irruzione della polizia (come tutti i presenti aveva alzato le mani in segno di sottomissione) e la sistematicità della violenza, ciò malgrado, subita. Ricostruisce (ed anche in questo caso si tratta di fatti acclarati), la brutalità di cui la polizia diede prova già al momento

² A. MARCHESI, I “fatti della Diaz” secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, in AIC, Associazione italiana costituzionalisti, maggio 2015.

dell'arrivo sul posto, la fase di caccia all'uomo e, solo successivamente, l'arresto di tutte le persone sorprese all'interno della scuola "Diaz Pertini"; richiama ancora i tentativi di creare *ex post*, tramite falsificazione degli avvenimenti – la fantomatica resistenza violenta degli occupanti – e costruzione di prove false, una situazione che giustificasse l'accaduto in termini di perquisizione obiettivamente giustificata, anche se in seguito degenerata.

Le parti intervenute (Associazione "Non c'è pace senza giustizia", partito radicale transnazionale in particolare) richiamano puntualmente, dal canto loro, i parr. 64 e 68 della sentenza della Corte d'Appello di Genova, in cui i giudici nazionali riconoscono che la spedizione alla Diaz aveva assai più i tratti di una spedizione punitiva che di una perquisizione motivata dalla ricerca di prove; nonché i punti 77 e 79 della sentenza della Cassazione, là dove questa riconosceva la particolare gravità dei comportamenti violenti generalizzati messi in opera dalla Polizia nei confronti di persone affatto disarmate e sedute con le mani in alto, quando non ancora addormentate.

Il governo italiano si trova, questo è certo, in una situazione infelice. Evita peraltro, con una dose di apprezzabile realismo, di peggiorare la situazione contestando decisioni delle proprie giurisdizioni di rango superiore. Al contrario (punti 160-163) riconosce la gravità di quanto avvenuto, facendo leva proprio sul vigile comportamento tenuto da parte dei giudici, di merito e di legittimità, teso a ristabilire il funzionamento delle regole dello Stato di diritto, per avvalorare la tesi della eccezionalità, di quanto accaduto. Si tratterebbe insomma di un episodio sfortunato, e lo Stato da quel momento ha incentivato l'attività di preparazione dei quadri della polizia al rispetto dei diritti umani.

Nel fare ciò, come la Corte EDU sottolineerà (punto 185), il governo italiano vuole anche implicitamente rafforzare la tesi che la gravità eccezionale dei fatti vada in qualche modo "relativizzata" alla luce del contesto in cui si inseriva e delle esigenze particolari di ordine pubblico prodottesi.

I giudici di Strasburgo, facendo leva sulla ricostruzione operata dai giudici di merito e di legittimità italiani, ribadiscono il carattere sistematico e generalizzato dell'aggressione, fisica e verbale, ai danni degli occupanti della Scuola. Il quadro fornito dalla giurisprudenza italiana caratterizza a sufficienza come violazione dell'art. 3 la situazione vissuta dal sig. Cestaro; né, d'altro canto, il governo italiano ha messo in dubbio tale ricostruzione. La Corte Edu coglie peraltro l'occasione (lo si vedrà: oltre, par. 6) per tornare sulla nozione di tortura.

5. Profili procedurali

Sotto il profilo procedurale, il signor Cestaro lamenta principalmente il fatto che, malgrado la gravità delle accuse rivolte ai responsabili dei fatti della Diaz,

la gran parte delle accuse sia caduta in prescrizione già durante le fasi intermedie del procedimento penale. Lo Stato italiano non avrebbe corrisposto agli obblighi incombenti su di lui in virtù dell'art. 3 della Convenzione, in particolare l'obbligo di condurre una effettiva inchiesta sulla tortura di cui egli era stato vittima; identificare gli autori, sanzionarli in maniera adeguata. Lo Stato italiano non avrebbe neppure risposto all'obbligo di inserire la tortura tra i reati previsti dal proprio ordinamento, malgrado ciò fosse previsto, se non esplicitamente dalla CEDU, certo dall'art. 1 della Convenzione del 1984. Lo Stato italiano replica che le autorità interne hanno puntualmente adempiuto agli obblighi: condurre una inchiesta efficace, individuare i responsabili, punirli. Il fatto che le condanne siano state nella quasi totalità prescritte nel corso dell'*iter* processuale non avrebbe, a detta del governo italiano, nuociuto all'efficacia dell'inchiesta, tanto più che le azioni di risarcimento hanno comunque potuto fare il loro corso. Quanto all'assenza della previsione esplicita del reato di tortura nell'ordinamento italiano, questa non sarebbe richiesta espressamente dall'art. 3 CEDU: la scelta circa il modo di punire i comportamenti contrari all'art. 3, è lasciata infatti (punto 197) all'apprezzamento delle autorità nazionali. Invero, l'ordinamento italiano conosce altri delitti, tra i quali in particolare il delitto di lesioni personali aggravate, utilizzato nel frangente dalle Corti giudicanti. In ogni caso, sono allo studio del Parlamento proposte di legge per introdurre il reato in Italia.

Le parti terze contestano una per una, e nel loro collegamento reciproco, le linee di difesa del governo italiano. In particolare contestano che i delitti presenti nel Codice Penale possano sostituire il reato di tortura: per la leggerezza delle pene edittali, per la prescrittibilità, per la loro natura di delitti di diritto comune, che non pregiudica la possibilità di godere di amnistie, indulti, procrastinazioni della pena, e altro. Da ciò non solo una esplicita violazione dell'obbligo contenuto nell'art. 1 della Convenzione contro la tortura, ma anche una violazione dell'obbligo di assicurare il carattere effettivo della punizione prevista dall'ordinamento, contenuto nell'art. 3 della CEDU. Proprio la vicenda Cestaro dimostrerebbe la situazione di impunità quasi assoluta – e quel che è peggio: di certezza dell'impunità – di cui i colpevoli hanno goduto.

La Corte ricorda che il proprio compito è quello di verificare (punto 206) se e in quale misura il caso sia stato analizzato nei diversi gradi del giudizio nazionale "*de manière à préserver la force de dissuasion du système judiciaire mis en place et l'importance du rôle qui révient à ce dernier dans le respect de l'interdiction de la torture*". Per quanto riguarda il profilo sanzionatorio, il giudice di Strasburgo deve controllare che la punizione inflitta dallo Stato non risulti meramente teorica o illusoria. Ciò comporta che l'azione penale "*ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même*

que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine" (punto 208). Inaccettabile risulta in particolare, per la Corte, la presenza di termini di prescrizione inflessibili e rigidi come quelli previsti dal sistema penale italiano.

Ad analogo risultato, giova ricordare, la Corte era giunta in relazione all'art. 2 CEDU (diritto alla vita)³, giudicando inammissibile l'applicazione dell'istituto della prescrizione a casi concernenti la violazione di tale disposizione (Corte Edu 29 marzo 2011, Alikaj e altri c. Italia), dal momento che ciò aveva come effetto pratico quello di impedire la condanna (punto 225). L'assenza nell'ordinamento interno di norme che sanzionino puntualmente i comportamenti lesivi dell'art. 3 può costituire un ostacolo di rilievo per lo sforzo delle autorità giudiziarie nazionali di combattere in modo idoneo un reato che costituisce attentato alla vita democratica dello Stato. Di particolare rilievo, e non negoziabile secondo la giurisprudenza costante della Corte, è l'esigenza che gli agenti accusati siano sospesi prontamente dal servizio e restino in tale stato fino alla conclusione dei processi, per venire licenziati in caso di condanna.

Orbene, nel caso specifico i partecipanti non sono mai stati compiutamente identificati, e per la maggior parte sono rimasti, puramente e semplicemente, impuniti. La mancanza di collaborazione del corpo di polizia si è anzi spinta tanto avanti da non aver consentito una precisa ricostruzione del numero di partecipanti agli episodi di tortura. Da ciò un ostacolo insormontabile ai fini di un tentativo di inchiesta efficace sugli avvenimenti in questione. Del pari, non sono state fornite prove che gli imputati siano stati sospesi dal servizio prima del processo; al riguardo, lo Stato italiano ha evitato di fornire risposte precise. I delitti commessi alla scuola "Diaz-Pertini" – calunnia, abuso di autorità, lesioni semplici (in un caso anche aggravate) – sono stati prescritti prima ancora della sentenza d'appello, allo stesso modo degli illeciti commessi alla Diaz-Pascoli; i reati di lesioni aggravate sono stati comunque prescritti dalla Corte di Cassazione. Alla fine sono rimaste solo le condanne per porto abusivo di armi da guerra e per falso ideologico (da 3 a 4 anni). È quanto dire che nessuno è stato condannato per le torture inflitte alla Diaz. Se poi si calcola l'intervento dell'indulto triennale, le pene da scontare per i condannati vanno da tre mesi ad un anno.

La Corte conclude nel senso della non congruità tra reazione delle autorità italiane e gravità accertata dei fatti (punto 222). Peraltro, la stessa Corte puntualizza come, a differenza di altre occasioni, nessun

rilievo possa essere mosso alle autorità giudiziarie italiane riguardo all'assenza di una "inchiesta effettiva e approfondita" in grado di portare all'accertamento dei fatti. La verità è invece che i giudici nazionali hanno affrontato in termini corretti una situazione estremamente difficile. In particolare i giudici d'appello e di Cassazione hanno dato prova di una fermezza esemplare, non consentendo alcuna giustificazione a quanto perpetrato alla Diaz. A dimostrazione di ciò, è sufficiente alla Corte un sommario confronto tra il comportamento della magistratura italiana nel caso in esame e quello messo in opera dai giudici di altri Paesi: in particolare i giudici di Strasburgo richiamano il caso *Özkan* (sentenza *Zeynep Özkan c. Turchia*, 20 febbraio 2007) in cui l'inadeguatezza della pena era causata dal riconoscimento da parte dei giudici di attenuanti inesistenti, così come da una altrettanto inesistente collaborazione da parte degli accusati.

È vero piuttosto, come aveva del resto già rilevato la Corte di cassazione italiana, che l'impianto normativo del nostro Paese presenta deficienze strutturali gravi, che impediscono di punire adeguatamente i casi di violazione dell'art. 3 CEDU. La Corte ricorda che obblighi analoghi a quelli posti dalla CEDU sono deducibili dall'art. 4 della Convenzione contro la tortura, nonché dal ragionamento univoco di una serie di *Treaty Bodies*, quali il Comitato contro la tortura, il Comitato per la prevenzione della tortura, il Comitato dei diritti umani. Sta dunque allo Stato italiano munirsi di strumenti concretamente efficaci per punire in modo adeguato gli autori di violazione dell'art. 3.

6. Sulla necessità di distinguere tra tortura e trattamento inumano o degradante: una interpretazione

La constatazione, già acclarata già dai giudici nazionali ed in particolare dalla Cassazione, di una punizione del tutto inadeguata per le violazioni gravi dell'art. 3 CEDU avvenute durante e dopo l'irruzione alla Diaz, e l'individuazione della causa di ciò in deficienze strutturali dell'ordinamento giuridico del nostro Paese, sarebbero state ampiamente sufficienti al fine di stabilire la responsabilità dell'Italia. I giudici di Strasburgo utilizzano invece l'indagine sui profili materiali del caso per ritornare sul rapporto (parr. 171-190) intercorrente tra tortura e altre forme di violazione dell'art. 3. La scelta si iscrive appieno in un indirizzo che considera la distinzione tra "l'ipotesi maggiore e le altre violazioni della norma ... rilevante ... per ragioni politico-simboliche"⁴, e da questo punto di vista non introduce elementi di novità. Gli stessi giudici di Strasburgo confermano (punto 189) che se anche il comportamento della Diaz fosse stato da valutare come trattamento inumano o degradante ciò non

³ Sullo stretto legame tra le due disposizioni nella giurisprudenza della Corte EDU si sofferma G. CATALDI, *La tortura è tra noi? La portata dell'art. 3 CEDU nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in: L. ZAGATO - S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, CEDAM, 2010, pp. 171-192 (in part. pp. 180-181).

⁴ A. MARCHESI, *La proibizione della tortura all'inizio del nuovo millennio*, L. ZAGATO - S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, 2010, p. 7.

avrebbe comportato alcuna attenuante per gli autori e quindi non sarebbe cambiato nulla. Vero è piuttosto che i giudici colgono l'occasione per tornare su alcune non del tutto convincenti conclusioni cui erano di recente pervenuti, cercando di fare chiarezza.

A conferma della concezione unitaria di fondo del reato di cui all'art. 3, la Corte definisce intanto tortura quelle forme di trattamento inumano o degradante caratterizzate da “*une spéciale infamie*” (punto 171) per la gravità delle sofferenze deliberatamente inflitte. Se nella sofferenza vi è sempre un aspetto relativo (ricordiamo la definizione evolutiva fornita nella pronuncia *Selmouni c. Francia*, cit., par. 101: certi atti che in passato sono stati definiti trattamento inumano o degradante ben potrebbero essere definiti tortura in futuro, “*the increasingly higher standards being required in the area of the protection of human rights*”), devono comunque sussistere, perché si parli di tortura, due elementi certi: gravità dei comportamenti e volontà deliberata. Vero è che la Corte ha impostato spesso il rapporto in termini di relazione inversa: cioè, se in via di massima entrambi gli elementi devono sussistere al di là di ogni ragionevole dubbio, è pur vero che talora essa si è fondata prevalentemente sulla gravità delle conseguenze, mentre in altre, forse più caratterizzanti, ha qualificato come tortura determinati comportamenti delle forze dell'ordine avendo riguardo soprattutto alla intenzionalità e gratuità degli stessi (sentenza *Romanov*, cit.; sentenza *Dedovski e altri c. Fed. Russa*, 26 gennaio 2006). In alcuni casi la Corte ha peraltro negato trattarsi di tortura con motivazioni sorprendenti, o comunque non convincenti. Ha così stabilito non esservi stata tortura sulla base dell'errore di persona compiuto dagli agenti (sentenza *Krastanov*, cit.: non vi era volontà di recare violenza alla specifica persona che ne risultò oggetto, perché questa era stata scambiata per un pericoloso criminale), e sulla gravità della situazione, tale da giustificare l'uso anche di mezzi violenti, purché solo per il periodo strettamente indispensabile. La prima motivazione, sinceramente, è debitrice all'immortale gag del principe De Curtis, e non merita commento; con la seconda veniamo introdotti in una linea di pensiero non convincente, palesatasi con chiarezza nella pronuncia emanata a conclusione del caso *Gäfgen* (cit.). Si era in presenza, giova ricordare, di un comportamento da parte di agenti fondato su intimidazione e gravi minacce nei confronti di un arrestato, trattamento certo di breve durata (10 minuti), ma che aveva avuto conseguenze di lungo periodo sulla salute del soggetto. Tale comportamento, assolutamente intenzionale, era volto ad estorcere informazioni circa il luogo in cui si trovava un bambino rapito, in ipotesi ancora in vita. Secondo la Corte EDU vi era stata indubitabilmente una lesione dell'art. 3, ma tale lesione non raggiungeva gli estremi della tortura in ragione dello scopo del comportamento sanzionato.

Nel caso *Cestaro* era stata la stessa Cassazione italiana a parlare di tortura nel senso dell'art. 1 della Convenzione del 1984, sia rispetto alla violenza effettivamente utilizzata che rispetto alla sua volontarietà e gratuità. La Corte EDU attribuisce grande importanza, giustamente, al fatto che, mentre nel primo grado di giudizio il giudice ancora parlava di presumibili atti di resistenza compiuti dagli ospiti della Diaz, sentenza d'appello e giudizio di cassazione abbiano preso atto di una assoluta mancanza di relazione tra finalità dichiarate (la perquisizione) e uso selvaggio della violenza ad opera degli autori dell'irruzione. Il fine dichiarato era anzi talmente in contrasto con la prassi tenuta dagli agenti, che vari tra gli imputati erano stati condannati, dalla Corte d'appello, per abuso di funzioni pubbliche nel successivo arresto degli occupanti. In tale quadro si inserisce anche il falso ritrovamento delle due bottiglie Molotov, fatto del resto qualificato dalla Cassazione italiana, con parole ferme, “operazione scellerata di mistificazione”.

In definitiva, per la Corte sono proprio le pronunce d'appello e di Cassazione ad escludere che le forze di polizia si trovassero in una situazione, per così dire, tipo *Gäfgen*: non vi era alcun rischio per l'incolumità fisica degli agenti o di terzi, e lo stato di tensione degli autori dell'irruzione alla Diaz risulta provocato meno da motivi obiettivi che dalla volontà di procedere ad “arresti mediatizzati” e dall'adozione di modalità operative in chiaro contrasto con l'art. 3 della Convenzione. Di conseguenza non si può dubitare trovarci in presenza di tortura.

Orbene, se il fine di questo soffermarsi sulla differenza tra l'ipotesi maggiore e le altre era, per la Corte, anche quello di fare chiarezza superando le perplessità prodotte in particolare dalla pronuncia *Gäfgen*, l'esito non è convincente. La Corte ha utilizzato il suo lungo ragionamento sulla tortura per dirci che la situazione nel caso Diaz era diversa da quella sottostante il caso *Gäfgen*, e non esistevano le condizioni che imponevano nella seconda sentenza di parlare solo di trattamento inumano o degradante e non di tortura. Ci chiediamo peraltro sommamente: non vi è il rischio che, ribadendo indirettamente la validità della giurisprudenza *Gäfgen*, i giudici di Strasburgo abbiano confermato una lacerazione della indissolubilità dei comportamenti vietati dall'art. 3, riaprendo la strada ad una gerarchizzazione pericolosa, come i comportamenti di taluni Stati nel corso dell'emergenza terrorismo ben dimostra⁵?

7. Il progetto di legge approvato dalla Camera dei deputati

La sentenza della Corte Edu ha dato nuova spinta al progetto di legge sul reato di tortura in discussione

⁵ L. ZAGATO, *Ancora sul rapporto tra stato di eccezione e divieto di tortura*, in L. ZAGATO - S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, 2010, pp. 215-241.

nel Parlamento italiano. Non ci si può in questa sede soffermare con puntualità sui vari tentativi succedutisi nel tempo⁶, la contezza che con le vicende della Diaz e della Bolzaneto i nodi sarebbero infine arrivati al pettine era già stata espressa del resto con forza dalla dottrina⁷. Qualche cosa va comunque detto sul merito del progetto di legge approvato in prima lettura dal Senato il 5 marzo 2014 e, con modifiche, dalla Camera dei deputati il 9 aprile 2015. La proposta (C-2168) tornerà quindi al Senato, ma parrebbe (il condizionale è d'obbligo), a questo punto, sostanzialmente "blindata". Resta da vedere se quella approvata dalla Camera non risulti una modifica in peggio del testo licenziato dal Senato lo scorso anno: in questo senso, tra gli altri, il Comunicato di *Cittadinanzaattiva Onlus* (www.cittadinanzaattiva.it) e, tra i protagonisti di una lunga stagione di battaglie, il commento del senatore Manconi⁸.

Prima di vedere nel dettaglio i nuovi articoli 612-*bis* e *ter* del codice penale, va ricordato che la proposta di legge novella opportunamente, senza introdurre modificazioni rispetto al testo approvato al Senato, anche l'art. 191 c.p.p. in materia di prove acquisite illegittimamente, inserendovi un comma 2-*bis* che impone il divieto di utilizzare nel dibattimento penale dichiarazioni e informazioni estorte tramite tortura salvo che "contro la persona accusata di tale diritto ed al fine di provarne la responsabilità penale". Del pari, il progetto di legge garantisce il coordinamento tra il reato di tortura e il TU immigrazione 286/1998, vietando espulsione, estradizione, respingimento, verso Stati nei cui confronti esista un pericolo reale di tortura nei confronti del destinatario della misura.

Il testo approvato alla Camera lascia del pari inalterate le disposizioni – opportune nel merito quanto talora imprecise nella forma – in materia di immunità e estradizione (art. 4 del progetto). Così la formula che vieta il riconoscimento di immunità diplomatiche nei confronti di cittadini "sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale", è stata criticata da chi ha osservato⁹ come meglio sarebbe stato parlare di

immunità *tout court*. Sorprendente è poi il passaggio in materia di estradizione: il cittadino straniero condannato o imputato di tortura viene estradato "nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso lo Stato individuato ai sensi della normativa internazionale vigente in materia". L'ipotesi adombrata, e cioè che nelle more del processo presso un tribunale internazionale il soggetto possa già essere tenuto in stato di detenzione nello Stato designato per l'espiazione della eventuale condanna definitiva è "inverosimile"¹⁰.

L'attenzione e il dibattito si sono peraltro concentrati sull'introduzione dei nuovi articoli 612-*bis* e *ter*. L'art. 162-*bis*, nella versione da ultimo stabilita, prevede la condanna da 3 a 10 anni "chiunque, con violenza e minaccia, oppure con violazione dei propri obblighi di protezione, cura o assistenza, intenzionalmente cagioni a persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche, a causa dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose"; ciò al fine di estorcere informazioni o dichiarazioni, infliggere punizioni, vincere una resistenza. Il legislatore ha dunque optato per la costruzione del reato come reato comune, definendo piuttosto la qualifica in capo all'autore del reato di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio come aggravante (da 5 a 15 anni). Le altre aggravanti sono variamente quantificate a seconda siano state inflitte al torturato lesioni personali, lesioni personali gravi o gravissime, oppure sia discesa la morte come conseguenza della tortura.

Tale scelta aveva creato perplessità già nel testo approvato dal Senato. La situazione è ora precipitata, in quanto il nuovo testo cancella il riferimento allo stato di privazione della libertà "e alla condizione di minorata difesa che nel testo del Senato erano il necessario corollario della scelta di qualificare la tortura come reato comune"¹¹. In tal modo, la volontà di una parte del parlamento di cancellare ogni traccia di possibile "criminalizzazione" degli organi di polizia ha portato ad un ampliamento enorme dei soggetti potenzialmente coinvolti nel reato, dal momento che tra gli affidatari, secondo la generica formulazione del 612-*bis*, rientrano molteplici figure (dal personale sanitario addirittura ... agli insegnanti). Di converso, la disposizione non si applica al caso della tortura inflitta per sadismo, in una situazione esterna al rapporto affidatario/affidato.

Di interesse è l'art. 162-*ter*. Questo punisce il reato di istigazione alla tortura limitatamente all'istigazione posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio nei confronti di altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Ciò comporta due problemi. Il primo è una evidente asimmetria tra configurazione del reato di tortura e, rispettivamente,

⁶ C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, pp. 555-568.

⁷ A. COLELLA, *La sentenza della Cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2013. FIORAVANTI - BRUNELLI, "Geometria con fantasia", ovvero: *diritti umani e convenzioni internazionali nell'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in ARANGIO-RUIZ - SALERNO - FIORAVANTI, *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 91-122.

⁸ L. MANCONI, *Questa legge sulla tortura è mediocre, ma è sempre meglio di niente*, www.internazionale.it, 9 aprile 2015; v. anche G.M. GRILLO, *Reato di tortura. Una votazione parlamentare che colma trent'anni di vuoto*, www.riforma.it, 13 aprile 2015.

⁹ F. GRAZIANI, *L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura. Una riflessione sulla proposta di legge n. 2168*, in *La comunità internazionale*, 2014, pp. 595-608.

¹⁰ F. GRAZIANI, *cit.*, p. 607.

¹¹ L. MANCONI, *cit.*

del reato di istigazione alla tortura, nell'ordinamento nazionale.

Il secondo è che nel caso di istigazione nei confronti di privati, la normativa penalistica vigente non consentirebbe all'Italia di conformarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione ONU contro la tortura¹².

Sconcerta lo scarso interesse manifestato da esperti e operatori su un punto tanto delicato, pur in presenza di un dibattito nel complesso vivace sulla nuova legge. Legislatore e interpreti sembrano prigionieri della vicenda del G-8 e dei suoi sviluppi giurisprudenziali e politici, e non in grado di immaginare situazioni diverse e più vicine al quadro attuale. Nel contesto delle migrazioni di massa, e dell'arrivo di ondate di profughi (in fuga non solo da guerre e da disastri naturali, ma anche dagli effetti perversi di precise politiche economiche ruotanti intorno al *land grabbing*) ed alla luce dell'incitamento all'odio cavalcato da più parti con una chiarezza e una brutalità sconosciute nell'Europa occidentale dalla fine della seconda guerra mondiale, l'orizzonte della violenza persecutoria che ci sta davanti muta profondamente rispetto all'epoca a cavallo del millennio¹³. Ancora una volta l'esperienza greca fornisce un plausibile richiamo anticipatorio: il riferimento è alla distruzione del campo profughi di Patrasso ed alle violenze che l'hanno accompagnato e seguito, opera non delle forze dell'ordine ma da squadre di entusiasti privati cittadini. A costoro non sono mancati né guida né paterno consiglio da parte di singoli pubblici ufficiali e membri delle istituzioni, in un rapporto che tuttavia non può essere assimilato a quello intercorrente tra incaricati di pubblico servizio. Oggi, l'incitamento esplicito quasi quotidiano alla violenza contro vecchie e nuove minoranze, la presenza di gruppi di dimensioni non trascurabili desiderosi di mettersi all'opera ma bisognosi di qualificati istigatori e maestri, consiglierebbero senz'altro un deciso ripensamento del 612-ter.

Nel complesso, resta l'impressione che il legislatore sia stato convinto dalla sentenza sui fatti del G-8 a porre fine alla vergognosa inadempienza dell'obbligo assunto a livello internazionale, e questo è naturalmente un fatto positivo. Ciò è però avvenuto in termini confusi, contraddittori, verrebbe da dire in modo "affrettato" se il termine non suonasse indecoroso alla luce di vent'anni di inadempimento ad un chiaro obbligo internazionale.

8. Considerazioni conclusive

Si impone una ultima, e certo non meno preoccupante, considerazione. Non possiamo non ricordare che di deficienze strutturali si parla in due recenti sentenze di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3, in relazione al trattamento di migranti richiedenti protezione¹⁴. Nella prima di esse (Corte EDU 21 ottobre 2014, *Sharifi et al. c. Italia e Grecia*), certo, l'Italia è stata condannata per aver respinto richiedenti protezione giuridica verso la Grecia, Paese di cui la Corte EDU aveva già avuto modo di accertare l'inadeguatezza sistematica dell'ordinamento in materia di applicazione dell'art. 3 CEDU. La seconda sentenza (Corte EDU 13 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*) vede però la Svizzera condannata per aver rimandato dei richiedenti protezione indietro verso l'Italia, Paese in cui i loro diritti non sono garantiti. Vero è che la Corte conviene con governo svizzero e terzi intervenuti che le deficienze del sistema nazionale italiano non hanno il carattere di sistematicità che presenta in particolare l'ordinamento greco. Al lettore attento non può sfuggire tuttavia che il ragionamento dei giudici di Strasburgo è liminare: la situazione nel nostro Paese non è ancora giunta, dicono in sostanza quei giudici a novembre 2014, a un punto che impone di parlare di deficienza sistematica.

Anche se in relazione a fatti diversi, la nuova pronuncia suona allora conferma della presenza di deficienze strutturali gravi dell'ordinamento italiano per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 3. Rappresenta certo, ci auguriamo tutti, un auspicio di rinascita; per intanto indica tuttavia un ulteriore tassello di una situazione di incremento di "stress", se così si può dire, dell'ordinamento giuridico nazionale in materia di rispetto dei diritti umani.

¹² Ai sensi dell'art. 1 di questa, infatti, l'obbligo di punizione comprende anche i soggetti privati, nei limiti in cui abbiano agito su istigazione (o con il consenso esplicito a tacito) di pubblici ufficiali. V. F. GRAZIANI, *cit.*, p. 606.

¹³ L. ZAGATO, *Le nuove forme della persecuzione. Gli effetti sul regime della protezione, con particolare attenzione all'Europa*, in CATALDI - DEL GUERCIO - LIGUORI (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, Photocity, 2014, pp. 111-138.

¹⁴ Per un inquadramento si veda: PARISI, NICOLETTA; RINOLDI, DINO, *Confini d'Europa, Stato di diritto, diritti dell'uomo. Gerarchia e bilanciamento tra diritti fondamentali con particolare riguardo alle condizioni del migrante*. In: ZAGATO, LAUSO; DE VIDO, SARA (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 1-45.

Il riconoscimento della *kafalah* nell'ordinamento giuridico italiano

abstract

In countries with a Muslim majority, the only form of protection of abandoned children is made by the Institute of kafalah, being expressly prohibited the adoption in Islamic law.

In the national context, the need to find a place legislation Institute in question was raised in order to solve the needs of a practical as well as purely legal, or in order to meet the requirements of Italian citizens to obtain a measure of adoption of a child coming from a Muslim country, already entrusted to them by order of kafalah.

Only recently the kafalah has made its entry into the national Italian, defined as "legal custody of the child", as a result of the law ratifying the 1996 Aja Convention, which formally recognizes the kafalah as a means protection of children in a state of neglect.

Not a few perplexity were about the legality of the legal recognition of this institution, and in particular about the consequences that such recognition could result, including the ability to circumvent the rules on international adoption, provoking a new and important point of reflection.

keywords

Islamic family law – Adoption; Aja Convention – Protection of children – Legal recognition.

abstract

Nei Paesi a maggioranza musulmana, l'unica forma di protezione dei minori abbandonati è costituita dall'istituto della kafalah, essendo espressamente vietata l'adozione nel diritto islamico.

Nel contesto giuridico nazionale, la necessità di trovare una collocazione normativa all'istituto in questione è sorta al fine di risolvere esigenze di tipo pratico oltre che meramente giuridico, ovvero per far fronte alle richieste dei cittadini italiani di ottenere un provvedimento di adozione di un minore proveniente da un Paese musulmano, già affidato loro con provvedimento di kafalah.

Soltanto di recente la kafalah ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento nazionale italiano, definito come "affidamento legale del minore", a seguito della legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996, che riconosce formalmente la kafalah quale strumento di protezione dei minori in stato di abbandono.

Non poche sono state sul punto le perplessità circa la legittimità del riconoscimento giuridico di tale istituto, ed in particolare circa le conseguenze che detto riconoscimento potrebbe comportare, tra cui la possibilità di raggiungere le regole sull'adozione internazionale, suscitando un nuovo ed importante punto di riflessione.

parole chiave

Diritto di famiglia islamico – Adozione – Convenzione dell'Aja – Protezione dei minori – Riconoscimento giuridico.

sommario

Premessa. – **1.** Natura e significato della *kafalah* nel diritto di famiglia islamico. – **2.** Il difficile percorso di riconoscimento della *kafalah* nella giurisprudenza nazionale. – **3.** La *kafalah* come ricongiungimento familiare. – **4.** Il riconoscimento a seguito del disegno di legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996. – **5.** Conclusioni.

Premessa

Nel nostro Paese è presente una componente sociale stabile di derivazione musulmana, che inevitabilmente intrattiene differenti forme di rapporto con il contesto locale. Invero, il fenomeno che più di frequente si registra, negli ultimi anni, è quello legato al riconoscimento dei rapporti di filiazione e nello specifico alle difficoltà che incontra il sistema giuridico nazionale nel confrontarsi con le differenti forme di tutela dei minori tipiche degli ordinamenti di base religiosa, prima fra tutte l'istituto dell'adozione.

Nel diritto islamico l'adozione è espressamente vietata, e si sostituisce a tale forma di tutela degli orfani l'istituto della *kafalah*, unica forma di protezione dei minori abbandonati prevista dai Paesi a maggioranza musulmana.

Soltanto di recente la *kafalah* ha fatto il suo ingresso formale nell'ordinamento nazionale italiano, ottenendo un vero riconoscimento giuridico a seguito della legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di protezione dei minori, sottoscritta dall'Italia soltanto nel 2003, e che riconosce formalmente la *kafalah* quale strumento di protezione dei minori in stato di abbandono.

Il ritardo del legislatore nazionale ha comportato nel tempo lo sviluppo di una prassi giurisprudenziale cospicua sul tema, a fronte delle ingenti richieste da parte di famiglie italiane di ottenere un provvedimento di adozione di un minore straniero, già loro affidato mediante provvedimento di *kafalah*.

Tuttavia può dirsi che la recentissima approvazione del disegno di legge che introduce formalmente la *kafalah* nell'ordinamento nazionale ha sollevato non pochi dubbi di legittimità di tale riconoscimento, oltre alle perplessità di quanti ritengono che un uso sconsigliato dell'istituto, come regolato dalla legge di ratifica, possa permettere di aggirare facilmente le regole sull'adozione internazionale.

Sembrirebbe, pertanto, che la legge di ratifica, oltre a porre un sigillo sull'annosa questione del riconoscimento della *kafalah*, risolvendo apparentemente un problema, ne abbia suscitato un altro.

1. Natura e significato della *kafalah* nel diritto di famiglia islamico

L'istituto della *kafalah* rappresenta nel diritto islamico «una forma di tutela sociale rivolta al minore»¹; invero, mediante provvedimento di *kafalah*, il giudice affida la protezione e la cura di un minore (*makfoul*) ad un soggetto (*kafil*), che si assume, a sua volta, l'onere della tutela del minore stesso, obbligandosi a provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione ed alla sua protezione, sino al raggiungimento della maggiore età di quest'ultimo.

Per consuetudine, la *kafalah* nasce da un accordo consensuale e si perfeziona mediante atto notarile stipulato tra le parti e successivamente omologato dinanzi al Tribunale competente, assumendo in questo modo le caratteristiche tipiche di un affidamento extraparentale di minori, come noto tra gli istituti di derivazione occidentale². È il Tribunale, dunque, che deferisce all'affidatario l'esercizio della potestà genitoriale; tuttavia da ciò non deriva la nascita di un nuovo vincolo parentale, poiché non si rescinde il legame di sangue del minore con la famiglia d'origine, né si crea vocazione ereditaria tra il minore affidato e l'affidatario.

La natura aggiuntiva, e non sostitutiva, della *kafalah* rispetto ad un semplice rapporto di filiazione si

desume anche dal significato letterale del termine, che è quello di aggiungere qualcosa a qualcos'altro. Negli ordinamenti musulmani, infatti, non è ammessa l'adozione, poiché espressamente vietata dal Corano³, – nonostante lo stesso Muhammad fosse stato figlio adottivo, cresciuto dallo zio Abu Talib⁴.

«Il Corano e le successive interpretazioni giuridiche circa la proibizione dell'adozione ritrovano la propria ratio nel tentativo di evitare relazioni incestuose che potrebbero nascere a seguito di legami parentali fittizi, non raccomandati dall'Islam ed anzi vietati in quanto ritenuti potenzialmente distruttivi della coesione sociale nonché portatori della temuta *fitna*, ovvero del caos sociale, uno dei pericoli più temuti dalla religione islamica⁵».

Tuttavia, può dirsi essere stata la stessa proibizione dell'adozione a rendere necessaria l'introduzione di un nuovo modello di protezione dei minori, che fosse al contempo in grado di non generare squilibri nella società, in vista della concezione divina dell'origine familiare e dell'unica configurazione di filiazione legittima⁶. A ciò va aggiunto che lo stesso Corano ritiene un preciso dovere di ogni buon musulmano quello di aiutare i bisognosi, ed in modo particolare gli orfani⁷; da ciò discende la natura della *kafalah*.

Invero, la radice della parola stessa significa nutrire, come a descrivere l'impegno al mantenimento del minore che la famiglia affidataria si assume, prendendosene cura come fosse un figlio naturale; pur non vantando quest'ultimo gli stessi diritti del figlio nato all'interno della famiglia affidataria⁸.

³ L'adozione fu abolita dal Corano (XXXIII: 4-5, 37-40), laddove si afferma che «Dio non... ha fatto dei vostri figli adottivi dei veri figli... Chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro veri padri... E se non conoscete i loro padri, siano essi vostri fratelli nella religione e vostri protetti...». Sulla base di questi versetti coranici, l'adozione in diritto islamico è proibita. Un *escamotage* giuridico per aggirare questo divieto è quello di effettuare un riconoscimento di paternità, ammesso dal diritto islamico, il quale produce un legittimo rapporto di filiazione.

⁴ VANZAN - MIAZZI, *Kafala e protezione del minore in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, anno VI, n. 2, Angeli, Milano, 2004, p. 77.

⁵ VANZAN - MIAZZI, *op. cit.*, p. 78.

⁶ A proposito della concezione islamica della famiglia come istituzione di origine divina e della credenza secondo la quale anche i vincoli di filiazione sarebbero espressione della volontà di Dio, con conseguente divieto per l'uomo di costituirne di artificiali, vedi LONGO, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, vol. II, pp. 178 e ss.

⁷ FUCILLO, *Matrimonio, famiglia e minori tra identità religiosa e rilevanza civile*, in *Giustizia e Religione*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, p. 193.

⁸ «Il termine *kafalah* non è traducibile con adozione, ma piuttosto con tutela o garanzia prima che la *kafalah* divenisse strumento principe di tutela del minore in molti ordinamenti nazionali di area islamica, peraltro, il termine indicava solo, tecnicamente, la fideiussione»; sul punto CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, *op. cit.*, pp. 219 e ss.

¹ CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 236.

² «L'affidamento familiare extraparentale dei minori consente al minore, temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, di essere affidato ad una famiglia affidataria preferibilmente con figli minori o ad una persona singola, opportunamente individuati e preparati, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e relazioni affettive di cui ha bisogno». Per approfondimenti sul tema, vedi LONGO, *Coniugi separati in conflitto e affidamento dei minori a terzi, nota a Corte d'appello Milano 20/03/2001*, in *Famiglia e Diritto*, n. 2/2002 pp. 179 e ss.

Presupposti dell'applicazione dell'istituto sono la dichiarazione d'abbandono del minore e l'accertamento dell'identità dell'aspirante *kafil*; quest'ultimo infatti dovrà essere maggiorenne, appartenente alla religione islamica, e dovrà garantire di avere la capacità di far fronte alle responsabilità che derivano dall'impegno di protezione assunto.

In ogni caso la *kafala* è revocabile e temporanea, esaurendosi a seguito del raggiungimento della maggiore età del *makful*⁹.

Sotto l'aspetto meramente normativo, può dirsi che nel diritto di famiglia islamico moderno, sulla scorta dei mutamenti socio-culturali che hanno interessato gran parte dei Paesi islamici, si è registrato un crescente fenomeno di innovazione normativa, soprattutto nell'ambito dei rapporti di famiglia. Negli ordinamenti giuridici musulmani, che singolarmente contengono sotto un proprio sistema normativo l'istituto della *kafalah*, si è sviluppata un'attenzione maggiore nei confronti della tutela del minore affidato¹⁰, consentendo la pratica della *kafalah* soltanto alle coppie sposate da almeno tre anni, in buona salute, ed in possesso di adeguati mezzi economici; si direbbe alla stregua di gran parte dei Paesi europei¹¹.

Può dirsi, in definitiva, che fino a quando il diritto di famiglia islamico non sia in grado di elaborare un adeguato sostituto dell'adozione, quello della *kafalah* resterebbe l'istituto più idoneo a tutelare i minori abbandonati, tanto da essere stata contemplata anche nella Convenzione internazionale per i diritti del fanciullo stilata dalla Nazioni Unite nel 1989. Tale Convenzione, infatti, perseguendo la tutela dei diritti del fanciullo e ponendosi l'obiettivo di garantire a questi ultimi il diritto ad avere una protezione sostitutiva della famiglia naturale qualora questa venga a mancare, elenca le forme, tra cui annovera la *kafalah*, attraverso le quali può concretizzarsi tale protezione¹².

⁹ Per approfondimenti sulla natura normativa della *kafalah*, vedi TOMEO, *La Kafalah*, in www.comparazioneDirittocivile.it, pp. 1-3.

¹⁰ «Le riforme introdotte nel 2003 e 2004 nella normativa del Marocco rendono più complesso il procedimento per ottenere un minore in *kafalah* imponendo esattamente come nella normativa disciplinante l'adozione nei Paesi europei, sia un previo accertamento della condizione di abbandono del *makful*, sia l'idoneità del *kafil*, sia l'idoneità dell'abbinamento». Vedi ORLANDI, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*, in *Diritto della Famiglia e delle Persone*, vol. 36, fasc. 4, 2007, p. 1858.

¹¹ La Tunisia ha regolamentato l'istituto della *kafalah* con la l. n. 27, 4 marzo 1958 (artt. 3-7); la normativa libica sulla *kafalah* è inclusa nella legge di statuto personale n. 10 del 1984 (art. 60); in Algeria l'istituto della *kafalah* è regolamentato nel Codice della Famiglia (l. n. 11, 9 giugno 1984, artt. 116-125). In Egitto la legge di tutela dell'infanzia (n. 12 del 1996) dedica una Sezione alla "tutela sostitutiva" (artt. 46-49; ma non ricorre il termine *kafala*). Il compito della "famiglia sostitutiva" è quello di prendersi cura del minore che abbia compiuto due anni, quando la sua famiglia naturale non sia in grado di provvedervi.

¹² Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 20 Novembre 1989, art. 20: «1. Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o

È alla luce di tale risoluzione che alcuni Stati, tra cui anche l'Italia, hanno nel tempo avviato una serie di negoziati con alcuni Paesi Islamici, ritenendo la *kafalah* assimilabile alla cosiddetta adozione semplice prevista negli ordinamenti degli Stati in questione, onde favorire il ricongiungimento tra il *kafil* emigrato nei Paesi Occidentali ed il corrispettivo *makful*¹³.

2. Il difficile percorso di riconoscimento della *kafalah* nella giurisprudenza nazionale

Il percorso intrapreso dalla giurisprudenza nazionale al fine di un formale riconoscimento dell'istituto in esame non può dirsi sia stato privo di ostacoli e di contraddizioni.

L'obiettivo posto dal giudice nazionale è stato negli anni quello di comprendere se un provvedimento di *kafalah* pronunciato in un Paese a maggioranza musulmana, avesse potuto integrare, in presenza della condizioni prescritte dalla legge nazionale, il presupposto per una pronuncia di adozione, nel tentativo evidente e complesso di assimilare detto istituto ai modelli tipici degli ordinamenti occidentali¹⁴.

definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. 2. Gli Stati Parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. 3. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della *kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o, in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica». Un ulteriore riferimento alla *kafalah* è contenuto nella Convenzione dell'Aja 19 dicembre 1996, in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, art. 3: «The measures referred to in Article 1 may deal in particular with: a) the attribution, exercise, termination or restriction of parental responsibility, as well as its delegation; b) rights of custody, including rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence, as well as rights of access including the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence; c) guardianship, curatorship and analogous institutions; d) the designation and functions of any person or body having charge of the child's person or property, representing or assisting the child; e) the placement of the child in a foster family or in institutional care, or the provision of care by *kafala* or an analogous institution; f) the supervision by a public authority of the care of a child by any person having charge of the child; g) the administration, conservation or disposal of the child's property». Quest'ultima convenzione, tuttavia, è stato soltanto sottoscritta (nel 2003), ma non anche ratificata, dall'Italia. Sembra peraltro verosimile ritenere che l'inserimento di un riferimento alla *kafalah* nella convenzione sia proprio dovuto alla diplomazia marocchina, visto che il Marocco ha firmato la convenzione soltanto una volta che il testo era stato modificato in tal senso; sul punto cfr. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in MARIO (a cura di), *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Cedam, Padova, anno XLIV - n. 1, gennaio-marzo 2008, pp. 70-71.

¹³ VANZAN - MIAZZI, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴ Sul tema della *kafalah*, e del suo confronto con gli istituti volti

La necessità di trovare una collocazione normativa all'istituto in questione è sorta al fine di risolvere esigenze di tipo pratico oltre che meramente giuridico, ovvero per far fronte alle richieste dei cittadini italiani di ottenere un provvedimento di adozione di un minore proveniente da un Paese musulmano, affidatogli già con provvedimento di *kafalah*.

Sul punto si è esprimeva, tra i primi, il Tribunale dei minorenni di Trento nel 2002¹⁵, rigettando l'istanza di riconoscimento del provvedimento di *kafalah* avanzata da due coniugi italiani. Invero, gli istanti chiedevano la conversione di un provvedimento di *kafalah*, mediante il quale il Tribunale marocchino aveva affidato loro un minore con un provvedimento di affidamento preadottivo e conseguente pronuncia di adozione ordinaria, sulla scorta del combinato disposto di cui agli artt. 36 e 44 della legge in materia di adozione n. 149 del 2001. Il collegio dichiarava inefficace nell'ordinamento italiano il provvedimento marocchino, motivando detta declaratoria sulla scorta della condizione di incompatibilità in cui si sarebbe trovato il minore a seguito di una sommaria equiparazione dell'istituto islamico con quello di adozione ordinaria, circostanza che avrebbe creato una situazione in cui il minore sarebbe stato dichiarato figlio legittimo dei genitori adottivi italiani ed al contempo sarebbe rimasto figlio legittimo anche dei genitori biologici marocchini.

Tuttavia, tra le argomentazioni poste a fondamento della decisione del collegio giudicante si evidenziava il suggerimento di considerare la *kafalah* quale presupposto per "l'adozione in casi particolari", come disciplinata dall'art. 44 della legge sull'adozione¹⁶, sulla scorta dell'avvenuto inserimento del minore nella famiglia di accoglienza, ovvero del consolidamento di una relazione affettiva con i membri della famiglia tale che un eventuale allontanamento sarebbe stato pregiudizievole per lo stesso.

Il ricorso all'art. 44 avrebbe reso, dunque, in teoria, compatibile la *kafalah* con l'adozione in quanto così come per l'istituto islamico, l'adozione in casi particolari ha un effetto meramente aggiuntivo e consente anche a chi non è coniugato di adottare minori nei casi tassativi di cui alle lettere a, c e d del comma 1¹⁷.

alla protezione del minore, di matrice occidentale, vedi PELLICIA, *Il diritto di famiglia islamico*, Aracne, Roma, 2013, pp. 58-62.

¹⁵ Trib. per i minorenni di Trento, sent. 11 marzo 2002.

¹⁶ Per approfondimenti vedi FUCILLO, *op. cit.*, p. 201.

¹⁷ È questa la soluzione accolta dal Tribunale dei minori di Trento l'11 marzo 2002, essa, tuttavia, pare soprattutto dettata da ragioni pratiche; il giudice infatti, escluso di poter accogliere la richiesta di adozione dei coniugi affidatari con *kafala*, prende in considerazione il dato di fatto per cui il minore «si trova ormai in territorio italiano, affidato ad una coppia di nazionalità italiana e senza prospettiva alcuna di poter trovare adeguata accoglienza in caso di ritorno in patria» e conclude osservando che «non è preclusa ai coniugi la possibilità di chiedere, nel preminente interesse del minore, l'adozione del medesimo secondo le forme» di cui all'art. 44, lett. c), l. n. 184/83, disposizione relativa all'adozione non legittimante per le ipotesi di «constatata impossibilità di af-

Diversamente, la Corte di Cassazione affrontava il caso per la prima volta nel 2005¹⁸, in merito all'omologazione ad opera del Tribunale marocchino di un atto notarile di *kafalah* stipulato da una coppia. Nel caso in questione, il console italiano aveva negato al minore marocchino il visto d'ingresso in Italia, a causa dell'insanabile contrasto tra i principi informatori del diritto islamico e l'ordinamento italiano evidenziato dal giudice di prime cure.

Ciononostante, i genitori affidatari erano rientrati in Italia, insieme al minore, che però era stato immediatamente dichiarato in stato di adottabilità e successivamente allontanato dalla coppia. Nel momento in cui i coniugi decidevano di proporre opposizione al suddetto decreto, la Corte di Appello chiamata a giudicare, da un lato, negava loro la legittimazione ad agire in giudizio, essendo tale facoltà riservata soltanto ai genitori naturali, ai parenti o al tutore, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 184/83, e dall'altro non condivideva la decisione del giudice di prime cure, nella parte in cui quest'ultimo non riconosceva il provvedimento di *kafalah* in quanto contrario ai principi fondamentali del diritto di famiglia interno.

fidamento preadottivo». Insomma il giudice rigetta la domanda e al contempo suggerisce il da farsi: presentare istanza di adozione «in casi particolari» insistendo sull'interesse del minore a rimanere in Italia e sulla circostanza per la quale egli era già venuto a creare, di fatto, un rapporto paragonabile a quello genitoriale con gli affidatari, ed aspettare di vedere accolta la propria richiesta; vedi sul punto NISTICO, *Kafala islamica e condizione del figlio minore. la rilevanza della kafala nell'ordinamento italiano*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, p. 12.

¹⁸ Vedi le argomentazioni espresse nella pronuncia della Cass. 4 novembre 2005, n. 21395, secondo cui l'istituto della *kafalah* vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare, ma dal punto di vista giuridico-formale non intende trasferire anche la tutela, giacché, così, verrebbe contraddetto il principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venire perduto il legame del minore con le proprie origini. «L'interesse a rispettare il divieto coranico non nasce, peraltro, esclusivamente da istanze multiculturali, ma più prosaicamente anche dall'opportunità di mantenere con gli Stati esteri buone relazioni diplomatiche. Da un lato si ha infatti uno Stato – quello dell'area di diritto islamico – nel quale l'adozione è radicalmente vietata, e che pure conosce uno strumento di protezione dell'infanzia abbandonata; dall'altro uno Stato – quello occidentale – la cui normativa interna è evidentemente orientata all'adozione legittimante quale strumento (non unico, ma pur sempre) prevalente di inserimento del minore in una famiglia: non è difficile immaginare che il primo non accolga favorevolmente l'ipotesi che un minore nato nel proprio territorio possa eludere un divieto coranico per il solo fatto di essere stato affidato sub *kafala* a coniugi occidentali, né è difficile immaginare che nella regolazione nazionale del riconoscimento di effetti alla *kafala* si possa decidere di tenere in considerazione simile evenienza. Più approfonditamente a proposito della opportunità di evitare, nel disciplinare gli effetti della *kafala* in un ordinamento occidentale, imbarazzi diplomatici». Vedi ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. Famiglia*, 2005, pp. 647 e ss.

La vicenda assumeva un valore emblematico, nonché problematico, in quanto si dichiarava da un alto la non contrarietà all'ordine pubblico¹⁹ della *kafalah* omologata dall'autorità giudiziaria straniera, e dunque in linea di principio veniva ammessa la sua efficacia automatica in Italia, ma veniva al contempo ai genitori affidatari la legittimazione ad agire in giudizio per ottenerne il riconoscimento, ai sensi dell'art. 17 della legge sull'adozione.

Nello stesso periodo, la *kafalah* giungeva nuovamente dinanzi al giudice italiano. Il Tribunale di Torino riteneva infatti la *kafalah* non riconoscibile in Italia in quanto non assimilabile ad alcun istituto noto al diritto interno, e comunque contraria al principio costituzionale di uguaglianza in quanto subordinata alla fede islamica del *kafil*. La Corte d'Appello di Torino, nel 2007, in riforma della sentenza di primo grado, fondava invece il suo processo di argomentazione sul principio dell'interesse superiore del fanciullo affermando in definitiva la conformità all'ordine pubblico della *kafalah*, e la sua efficacia automatica in Italia in base all'art. 65 della legge n. 218 del 1995.

3. La *kafalah* come ricongiungimento familiare

Alla luce di quanto finora argomentato, sembra chiaro che i giudici nazionali, nella ricerca della norma applicabile, si siano ritrovati sovente di fronte all'alternativa tra le norme rientranti nella disciplina dell'adozione, e le norme che disciplinano le forme di tutela e di protezione dei minori, emettendo pronunce quasi mai univoche²⁰.

La pronuncia più recente della Corte di Appello di Ancona, del novembre 2011, invece riconosceva il diritto di ingresso in Italia, attraverso il ricongiungimento familiare, ad un minore soggetto a provvedimento di *kafalah* a carico di cittadini italiani.

Secondo la Corte infatti, la *kafalah*, se pronunciata da un'autorità dello Stato d'origine del minore, non avrebbe suscitato problemi di compatibilità con l'ordinamento italiano, poiché tale provvedimento straniero avrebbe rappresentato il punto di partenza per la pronuncia di ricongiungimento familiare in Italia. La stessa Corte d'Appello di Ancona inoltre rammentava la necessità che l'Italia ratificasse la Convenzione dell'Aja del 1996, concludendo tuttavia che «indipendentemente dall'inadempimento da parte dell'Italia nella ratifica della citata Convenzione, non può non tenersi

conto del riconoscimento anche da parte dell'ordinamento europeo della *kafalah* quale strumento di protezione dei minori²¹».

Ancora, la Corte di Cassazione, con la recente sentenza della Sez. I, n. 19450 del 23 settembre 2011, affermava l'inammissibilità della domanda di riconoscimento del provvedimento di *kafalah* proposta ai sensi degli artt. 66 e 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, da una coppia di italiani già affidatari di un minore marocchino dichiarato in stato di abbandono. La motivazione della Corte muoveva dall'assunto secondo cui l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale regolata dalle procedure richiamate dagli artt. 29 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (come modificata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476, di ratifica ed attuazione della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993), con la conseguenza che, in tale ipotesi, non possono essere applicate le norme generali di diritto internazionale privato relative al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, ma devono essere applicate le disposizioni speciali in materia di adozione ai sensi dell'art. 41, secondo comma, della legge n. 218 del 1995²².

Pertanto quest'ultimo orientamento negava chiaramente il riconoscimento automatico dell'istituto della *kafalah* nell'ordinamento interno se non alle condizioni dettate dalla disciplina in materia di adozione internazionale, creando in tal modo una contraddittorietà negli orientamenti giurisprudenziali sul tema.

Emblematica, nonché punto di svolta, è stata la recentissima pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 21108 del 16 settembre 2013. La Suprema Corte infatti, pronunciandosi ai sensi dell'art. 363 c.p.c. enunciava il seguente principio di diritto: «Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse del minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito»²³.

Il quesito che la Corte era chiamata a risolvere era quello sulla possibilità o meno di estendere anche ai cittadini italiani che avessero a carico un minore extracomunitario in seguito a un provvedimento di *kafalah* il diritto di ottenere il visto per il ricongiungimento familiare.

Il dubbio nasceva dal fatto che la normativa italiana in tema di ricongiungimento familiare consentiva di considerare la *kafalah* un presupposto idoneo al fine

¹⁹ Vedi sul punto CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 197 ss., secondo la quale «la vigenza attuale o futura di questi due atti internazionali (Conv. inter. diritti fanciullo e Conv. Aja 1996) vale dunque ad imporre anche allo Stato italiano l'obbligo di riconoscere efficacia a tale istituto e di escluderne, contestualmente la contrarietà con l'ordine pubblico».

²⁰ Sul punto cfr. PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Cedam, Padova, anno XLIII, 2007, pp. 947 e ss. e ORLANDI, *op. cit.*, pp. 650 e ss.

²¹ App. Ancona, sezione minori, sent. 16 novembre 2011, n. 434.

²² Cass., sez. I, 23 settembre 2011, n. 19450.

²³ Cass., sez. un., 16 settembre 2013, n. 21108.

di ottenere il visto soltanto per i cittadini stranieri, per i quali esiste una precisa norma che contiene un elenco più ampio delle persone da poter ricongiungere. Per il cittadino italiano invece, il minore in *kafalah* non era considerato compreso nella definizione di familiare²⁴.

Orbene, la Suprema Corte osservava come il differente trattamento tra cittadini stranieri e cittadini italiani per il rilascio dei visti, si dimostri una chiara violazione del principio del superiore interesse del minore.

Sulla scorta di dette argomentazioni, la Cassazione rendeva una lettura meno restrittiva e costituzionalmente orientata del ricongiungimento familiare, osservando altresì che anche nel caso dell'affidamento familiare il minore, pur non essendo legato giuridicamente agli affidatari, è inserito nello stato di famiglia delle persone che se ne prendono cura temporaneamente, pertanto allo stesso modo la *kafalah*, che ha una durata altrettanto temporanea può certamente considerarsi idonea a definire i minori come familiari, quindi inseriti nello stato di famiglia delle persone che ne hanno cura.

In conclusione dunque la Corte risolveva l'annosa questione concedendo il visto per l'ingresso in Italia a seguito di *kafalah* giudiziale in applicazione dell'art. 3 comma 2 lettera a) del decreto legislativo n. 30/2007 relativo al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Sotto diverso aspetto, la Cassazione del 2013 ribadiva nuovamente, e conformemente alle precedenti pronunce, la necessità e l'urgenza della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 «sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori», considerandola l'unica soluzione possibile ai problemi interpretativi e applicativi oggetto delle precedenti decisioni della Corte.

4. Il riconoscimento a seguito del disegno di legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996

I principi enunciati dalla richiamata giurisprudenza della Suprema Corte sono stati di recente tradotti in norma dal disegno di legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996, approvato il 25 giugno 2014 dalla Camera dei Deputati, nell'intento di dettare una peculiare disciplina dell'istituto e di porre dunque un sigillo sull'annosa questione del suo riconoscimento normativo.

Il disegno di legge è stato successivamente oggetto di esame da parte delle Commissioni Giustizia e Affari esteri del Senato, dal luglio 2014, ed è stato approvato nella seduta del 10 marzo 2015.

²⁴ Secondo le norme del decreto n. 30/2007 di attuazione della direttiva europea sulla circolazione e il soggiorno in Europa dei cittadini comunitari e i loro familiari.

La portata innovativa del disegno di legge si evidenzia senza dubbio nel riconoscimento dell'istituto della *kafalah* nell'ordinamento italiano come "affidamento legale del minore".

Invero, a seguito della procedura di riconoscimento del provvedimento straniero, il minore avrà la possibilità di fare ingresso in Italia previo rilascio di un permesso di soggiorno definito "per assistenza legale" della durata di due anni, rinnovabile per periodi di uguale durata in caso di permanenza dei requisiti richiesti dalla legge. Al compimento della maggiore età, la causa del permesso potrà essere convertita in motivi di studio o di accesso al lavoro, come già previsto per i minori stranieri non accompagnati.

Sotto il profilo meramente normativo, il disegno di legge di ratifica della Convenzione²⁵, oltre a preve-

²⁵ La Convenzione – che interviene in un ambito già trattato dalla precedente Convenzione dell'Aja del 1961 di cui intende superare alcune difficoltà applicative – è stata firmata dall'Italia il 1° aprile 2003 e consta di 63 articoli. Gli articoli 1-4 (capitolo I) ne delineano il campo di azione. In particolare, l'articolo 1 della Convenzione ne individua le finalità, che sono la determinazione dello Stato le cui autorità sono competenti ad adottare le misure volte alla protezione della persona o dei beni del minore; la determinazione della legge applicabile da tali autorità nell'esercizio della loro competenza; la determinazione della legge applicabile alla responsabilità genitoriale; la garanzia del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure di protezione del minore in tutti gli Stati contraenti; lo stabilimento, fra le autorità degli Stati contraenti, della cooperazione necessaria alla realizzazione degli obiettivi della Convenzione. L'articolo 2 dispone l'applicazione della Convenzione ai minori dal momento della nascita fino al compimento dei 18 anni. Ai sensi dell'articolo 3 rientrano nel campo di applicazione della Convenzione l'attribuzione, l'esercizio e la revoca – totale o parziale – della responsabilità genitoriale; il diritto di affidamento; la tutela, la curatela e gli istituti analoghi; la designazione e le funzioni di qualsiasi persona od organismo incaricato di occuparsi del minore o dei suoi beni; il collocamento del minore in famiglia di accoglienza o in istituto anche mediante *kafalah* o istituto analogo; la supervisione da parte delle autorità pubbliche dell'assistenza fornita al minore da qualsiasi persona se ne faccia carico; l'amministrazione, conservazione o disposizione dei beni del minore. Sono esclusi dal campo della Convenzione l'accertamento e la contestazione della filiazione; la decisione e la revoca sull'adozione e le misure preparatorie; il cognome e nome del minore; l'emancipazione; gli obblighi agli alimenti; le amministrazioni fiduciarie e le successioni; la previdenza sociale; le misure pubbliche generali in materia di istruzione e sanità; le misure adottate in conseguenza della commissione di reati da parte del minore; le decisioni in materia di diritto d'asilo e di immigrazione (articolo 4). Gli articoli 5-14 (capitolo II) della Convenzione in esame riguardano la competenza. In particolare l'articolo 5 individua nelle autorità giudiziarie ed amministrative dello Stato contraente di residenza abituale del minore quelle competenti all'adozione di misure tendenti alla protezione della sua persona e dei suoi beni. Con gli articoli 15-22 (capitolo III) si dettano disposizioni in materia di legge applicabile. Gli articoli 23-28 (capitolo IV) si incentrano su riconoscimento ed esecuzione. In particolare con l'articolo 23 è stabilito che le misure adottate dalle autorità di uno Stato contraente saranno riconosciute di pieno diritto negli altri Stati contraenti. La norma prevede, tuttavia, una serie di ipotesi all'inverarsi delle quali il riconoscimento potrà essere negato. La cooperazione è considerata dagli articoli 29-39 (capitolo V). L'articolo 29 prevede che

dere l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione (artt. 1 e 2), stabilisce una serie di disposizioni di adeguamento dell'ordinamento interno. A tal fine individua nella Presidenza del Consiglio dei Ministri l'autorità centrale italiana incaricata di adempiere gli obblighi derivanti dalla Convenzione e nella Commissione per le adozioni internazionali l'autorità competente italiana, attribuendo a quest'ultima il compito di approvazione della proposta di assistenza legale, mediante *kafalah* o istituto analogo, di un minore in stato di abbandono, emessa dall'autorità giudiziaria di un altro Stato contraente.

Tuttavia, il disegno di legge non fa altro che tradurre l'istituto della *kafalah* secondo i modelli nazionali di protezione del minore, in particolare assimilandolo all'adozione, sminuendo in primo luogo il significato originario dell'istituto stesso, e violando in secondo luogo lo spirito di cooperazione previsto dalla Convenzione dell'Aja.

Inoltre, il disegno di legge, distingue due procedure idonee al collocamento in Italia di minori stranieri, a seconda che gli stessi si trovino in stato di abbandono o meno, allontanandosi in questo modo dallo spirito della Convenzione, che è quello di riconoscere ed eseguire sic et simpliciter le misure di protezione dei minori previste dagli Stati firmatari.

In particolare, nel primo caso la procedura per ottenere l'assistenza legale di un minore straniero abbandonato è consentita a coniugi residenti in Italia, previo decreto di idoneità all'adozione emesso dal Tribunale.

Il procedimento prevede che siano gli interessati a presentare la richiesta alla Commissione per le adozioni internazionali; quest'ultima a sua volta inoltrerà la richiesta all'autorità competente straniera, che deciderà se accogliere o rigettare la richiesta. Nel caso di esito positivo ne darà comunicazione al Tribunale per i minorenni e ai servizi sociali competenti.

Superata questa fase, l'autorità straniera invierà alla Commissione l'autorizzazione al trasferimento permanente del minore in Italia, di modo che la Commissione possa autorizzarne l'ingresso, dandone comunicazione all'ufficio consolare, al Tribunale per i minorenni, al giudice tutelare, all'ente autorizzato e alla questura.

ogni Stato contraente designi un'autorità centrale incaricata di adempiere gli obblighi derivanti dalla Convenzione. Le Autorità centrali devono cooperare fra loro e promuovere la cooperazione fra le autorità competenti del proprio Stato per realizzare gli obiettivi della Convenzione. Esse, nell'ambito dell'applicazione della Convenzione, adottano le disposizioni idonee a fornire informazioni sulla loro legislazione, nonché sui servizi disponibili nel loro Stato in materia di protezione del minore (articolo 30). Gli articoli 40-56 (capitolo VI) recano le disposizioni generali. Gli articoli 57-63 (capitolo VII) recano le clausole finali. Vedi Dossier n. 68, Elementi di valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale della legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e protezione dei minori, I commissione Camera dei Deputati, giugno 2014.

Nel caso in cui il minore straniero non si trovi in stato di abbandono, sarà invece l'autorità competente straniera a proporre all'autorità centrale italiana (Presidenza del Consiglio dei Ministri) il collocamento o l'assistenza legale del minore presso una persona, una famiglia o una struttura di accoglienza in Italia, motivando la proposta e illustrando la situazione del minore. Successivamente l'autorità centrale trasmette gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, il quale, valutata la regolarità della proposta, presenterà ricorso al Tribunale stesso.

Il Tribunale per i minorenni potrà chiedere ulteriori informazioni sul minore, ed assumerà informazioni sugli affidatari. In esito a tale istruttoria, il Tribunale per i minorenni potrà approvare o respingere la proposta, con decreto motivato, comunicando la decisione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri²⁶.

Nel caso di approvazione, sarà onere del Ministero trasmettere il decreto all'autorità competente straniera, all'ufficio consolare italiano all'estero, al giudice tutelare e ai servizi socio-assistenziali, nonché alla questura del luogo in cui il minore sarà collocato, oltre che alla famiglia o alla struttura che lo accoglierà; anche in questo caso l'ufficio consolare italiano nel Paese in cui si trova il minore rilascerà il visto d'ingresso, mentre il questore rilascerà il permesso di soggiorno per assistenza legale biennale²⁷.

In conclusione può dirsi, da una prima lettura del disegno di legge, che a fronte della giurisprudenza precedente sul tema, che sovente paragonava l'istituto della *kafalah* a quello del ricongiungimento familiare, la novella normativa apparentemente sembra invece superare l'ostacolo della collocazione normativa identificando la *kafalah* come affidamento familiare.

Invero, l'articolo 6 del disegno di legge stesso disciplina la conversione del permesso di soggiorno per i minori escludendo testualmente che agli stessi possano essere applicate le disposizioni del testo unico sull'immigrazione, in tema di ricongiungimento familiare, ma facendo nascere in capo ad essi gli stessi diritti dei minori in affidamento familiare.

Tuttavia, a ben vedere, ed in particolare la procedura prevista per i minori stranieri in stato di abbandono

²⁶ Le Commissioni hanno stabilito che il decreto del Tribunale sulla proposta misura di protezione sia reclamabile entro 15 giorni dal p.m. e dagli aspiranti all'assistenza legale.

²⁷ «Nel caso in cui il minore che necessita di assistenza legale sia residente in Italia e la sua collocazione debba essere effettuata all'estero, presso una persona, una famiglia o una struttura di accoglienza in un altro Stato contraente, l'esigenza di collocamento sarà rilevata dall'autorità giudiziaria italiana che, per il tramite del Ministero della giustizia - Dipartimento per la giustizia minorile, inoltrerà la richiesta e la documentazione all'autorità competente dello Stato estero. In caso di approvazione da parte dell'autorità straniera della proposta di collocamento del minore, il tribunale dei minorenni adotta il provvedimento di affidamento del minore che, tramite il Ministero della giustizia, è trasmesso all'autorità dello stato richiesto». Art. 7 disegno di legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996.

(art. 5 Legge di ratifica della Convenzione), si avvicina molto alla procedura di adozione internazionale vera e propria, come prevista dalla normativa nazionale, comportando una situazione di contraddittorietà evidente, se si considera che detto provvedimento non sarebbe riconosciuto nei Paesi che non ammettono l'adozione.

5. Conclusioni

Da quanto finora descritto, ciò che emerge con estrema evidenza è che le difficoltà, non soltanto di integrazione della comunità islamica in Italia, ma soprattutto del riconoscimento dei modelli giuridici di riferimento, non sono facilmente superabili.

Ed invero, anche a seguito della legge di ratifica citata, dette difficoltà sono state soltanto apparentemente superate, in quanto il legislatore italiano non ha fatto altro che tradurre, secondo i modelli occidentali, un istituto come la *kafalah*, molto distante da essi.

A ciò si aggiungano le difficoltà che l'Italia ha da sempre incontrato nella stipulazione di un'intesa con la Comunità islamica, come dimostra il fatto che nessuna delle bozze finora predisposte (l'ultima delle quali risale al 1996) sia andata a buon fine, nonostante l'istituzione nel 2005 di un organo esecutivo, quale la Consulta per l'Islam italiano, istituita dal Ministro dell'Interno, al fine di negoziare trattati bilaterali con i Paesi islamici.

Pertanto, è evidente che l'inserimento nella legislazione statale di discipline speciali, mediante la ratifica della Convenzione dell'Aja, coerentemente con il sistema dei principi cardine dell'ordinamento nazionale, si sia rivelata una soluzione poco idonea ad assicurare un'efficace forma di tutela alla ormai consistente componente islamica presente nel territorio, sintomo dell'indifferenza normativa verso sistemi giuridici differenti da quelli occidentali, tipica del nostro Paese.

DIRITTO INTERNAZIONALE

Equo processo – Diritto alla libertà di espressione – Art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Il diritto alla libertà di espressione deve essere tutelato e garantito per l'avvocato che esprime un'opinione critica, basandosi su fatti concreti e sufficienti, nei confronti dei magistrati che stanno svolgendo un'indagine alla quale è interessato un proprio cliente.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Case of Morice v. France, ricorso n. 29369/10, sentenza del 23 aprile 2015¹.

Nella sentenza del 23 aprile 2015, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa per la condanna della Francia per violazione dell'articolo 6 della Convenzione, che assicura l'equo processo e dell'articolo 10 sulla libertà di espressione.

La Corte di Strasburgo ha inteso tutelare la libertà di espressione garantita per l'avvocato che esprime un'opinione critica, con una base fattuale sufficiente, nei confronti dei magistrati che stanno svolgendo un'indagine alla quale è interessato un proprio cliente.

La vicenda aveva tratto spunto dalla condanna per diffamazione di un avvocato francese, ritenuto complice del giornalista, comminata dai giudici francesi. L'uomo, che rappresentava la moglie di un giudice, aveva contestato ad alcuni magistrati un comportamento inerte che aveva impedito di fare luce sulla morte del giudice avvenuta a Djibouti. Tra l'altro, l'avvocato aveva sottolineato la scomparsa di un file su Scientology e l'assenza di un filmato che non era contenuto nel fascicolo processuale. I giudici accusati di inerzia e di scarsa imparzialità lo avevano citato per diffamazione in quanto le sue parole erano state riportate sul quotidiano "Le Monde".

Dopo la condanna, l'avvocato ha fatto ricorso a Strasburgo che gli ha dato ragione, in un primo tempo, attraverso la Camera, per violazione dell'articolo

6 e, in un secondo momento, a seguito dell'intervento della Grande Camera, anche per violazione dell'articolo 10.

In particolare, la Grande Camera ha ritenuto che la presenza nel procedimento in Cassazione di un magistrato che si era espresso a favore del collega criticato dal legale implicasse un'assenza di imparzialità, constatando, così, una violazione dell'equo processo.

Per quanto riguarda la libertà di espressione la Grande Camera ha osservato che l'avvocato ha il diritto di esprimere un giudizio di valore, contenente critiche nei confronti della magistratura, con una base fattuale sufficiente. È vero poi che il legale deve tutelare il proprio cliente tenendo conto che esiste una differenza tra parlare all'interno delle aule e all'esterno, ma ciò non toglie che è possibile esprimere critiche soprattutto quando queste riguardano i magistrati inquirenti che sono parti nel processo.

La Corte ha tenuto a sottolineare la differenza tra avvocati e giornalisti respingendo la tesi del CCBE (Council of Bars and Law Societies of Europe) secondo il quale gli avvocati avrebbero la stessa ampiezza nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione dei giornalisti.

Le due figure professionali – precisa la Corte – sono in una situazione diversa perché gli avvocati sono protagonisti nel sistema giudiziario mentre i giornalisti sono testimoni esterni con il dovere di informare la collettività su questioni di interesse generale. Resta, però, sempre fermo il riconoscimento del diritto anche agli avvocati che esprimono critiche utilizzando la prudenza necessaria a non compromettere l'autorevolezza e l'imparzialità del sistema giudiziario.

Diritto alla libertà di espressione – Diritto alla libertà di Stampa – Art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Il giornalista che riporta una vicenda giudiziaria di interesse generale, riproducendo passi dell'atto di accusa, senza ricordare espressamente, per la frase contestata, che essa proviene dal documento degli inquirenti, non commette diffamazione.

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.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Hlynisdottir Case of Erla Hlynisdottir v. Iceland n.3*, del 2 giugno 2015

Con la sentenza del 2 giugno 2015, ancora una volta, arriva dalla Corte di Strasburgo un verdetto a tutela della libertà di stampa. Con la sentenza *Hlynisdottir Hlynisdottir Case of Erla Hlynisdottir v. Iceland n. 3*, depositata il 2 giugno, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che il giornalista che riporta una vicenda giudiziaria di interesse generale, riproducendo passi dell'atto di accusa, senza ricordare espressamente, per la frase contestata, che essa proviene dal documento degli inquirenti, non commette diffamazione.

Di conseguenza, se è condannato a seguito dell'assoluzione della persona citata nell'articolo, scritto nel rispetto delle regole deontologiche, è certa la violazione dell'articolo 10 della Convenzione dei diritti dell'uomo che assicura il diritto alla libertà di espressione.

Nel caso in questione a rivolgersi a Strasburgo è stata una giornalista che aveva riportato l'indagine nei confronti di un uomo accusato di traffico di cocaina. L'articolo era corredato dalla fotografia e dal titolo che lo indicava come trafficante. Dopo l'assoluzione, l'uomo aveva agito contro la giornalista che era stata condannata per diffamazione, insieme all'editore. La donna aveva versato, come sanzione, 450 euro, facendo poi ricorso alla Corte di Strasburgo. I giudici della Corte le hanno dato ragione, non solo accertando la violazione della Convenzione da parte dell'Islanda perché i procedimenti nazionali non hanno seguito gli *standard* di Strasburgo in materia di libertà di stampa, ma anche disponendo una riparazione per i danni materiali pari alla somma che la donna aveva dovuto versare a titolo di sanzione e un indennizzo di 4 mila euro per lo stress e la frustrazione che la giornalista aveva subito a seguito del procedimento nei suoi confronti.

Per la Corte europea dei diritti umani, la condanna della *reporter* non era necessaria in una società democratica perché la giornalista aveva riportato una questione giudiziaria di interesse generale, agendo in modo conforme ai doveri e alle responsabilità dei giornalisti.

Nel valutare il comportamento del giornalista le autorità nazionali devono considerare l'articolo nel suo insieme, mentre non ha nessun rilievo l'assoluzione del presunto diffamato dopo la pubblicazione.

Leggendo l'articolo – osservano i giudici di Strasburgo – era evidente che il procedimento era ancora in corso e che non vi era stata una condanna.

Inoltre, spetta solo al giornalista stabilire se, nel riportare frasi dell'atto di accusa, sia necessario indicare in modo espresso l'atto e utilizzare ulteriori precauzioni, ad esempio ricordando al lettore che si tratta unicamente di affermazioni provenienti dagli inquirenti. D'altra parte, rispetto alla frase contestata, poche righe prima era stato citato l'atto di accusa e la richiesta di condanna presentata dal Procuratore.

A ciò si aggiunga che proprio l'impiego dell'atto di accusa come base dell'articolo fa sì che non sia necessario svolgere ulteriori verifiche sulle dichiarazioni di fatto in esso contenute posto che la fonte è chiaramente identificata. Di qui la contrarietà della condanna della giornalista alla Convenzione, tanto più che la *reporter* è stata sanzionata anche per il titolo del quale non era responsabile.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Licenziamenti collettivi – Direttiva 98/59/CE – Articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a) – Nozione di "stabilimento" – Modalità di calcolo del numero di lavoratori licenziati

La nozione di «stabilimento» contenuta nell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, deve essere interpretata allo stesso modo della nozione contenuta nella lettera a), i), del medesimo comma.

L'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della direttiva 98/59 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che preveda un obbligo di informazione e di consultazione dei lavoratori in caso di licenziamento, nel corso di un periodo di 90 giorni, di almeno 20 lavoratori di un particolare stabilimento di un'impresa, e non quando il numero complessivo di licenziamenti in tutti gli stabilimenti o in taluni stabilimenti di un'impresa nel corso del medesimo periodo raggiunge o supera la soglia di 20 lavoratori.

C.G.U.E., Quinta Sezione, sentenza 13 maggio 2015, causa C -182/13, *Lyttle e a.*

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi (in seguito: direttiva)². La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra le sig.re V. Lyttle, S. L. Halliday, C. Lyttle e T. McGerty, da un lato, e il loro ex datore di lavoro, la Bluebird UK Bidco 2 Limited (in seguito: Bluebird), dall'altro, in merito alla legittimità del loro licenziamento.

Va brevemente premesso che la direttiva ha codificato la previgente direttiva 75/129/CEE del Consiglio, del 17 febbraio 1975, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, nell'intento di rafforzare la

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/>.

tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, tenendo conto della necessità di uno sviluppo economico-sociale equilibrato nell'Unione europea. La stessa è stata trasposta nell'ordinamento giuridico del Regno Unito nel modo seguente. In Irlanda del Nord, dalla sezione XIII del decreto del 1996 sui diritti dei lavoratori [Employment Rights (Northern Ireland) Order 1996] e dalla sezione IV, capo II, della legge del 1992 sui sindacati e le relazioni industriali (testo consolidato) [Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992] per quanto riguarda l'Inghilterra, il Galles e la Scozia. L'articolo 216 del decreto del 1996 sui diritti dei lavoratori dispone che, «quando un datore di lavoro prevede di sopprimere 20 o più posti di lavoro in uno stabilimento nel corso di un periodo pari o inferiore a 90 giorni, deve consultare in merito a tali licenziamenti tutte le persone che rappresentano legittimamente i dipendenti eventualmente interessati dai licenziamenti previsti o dai provvedimenti connessi a tali licenziamenti».

Passando ai fatti di causa, all'inizio del 2012 l'impresa Bonmarché gestiva negozi di abbigliamento femminile in tutto il Regno Unito nei quali erano impiegate quattro mila persone. Le ricorrenti nel procedimento principale lavoravano presso la società Bonmarché in quattro negozi diversi, ubicati in città differenti, vale a dire Lurgan, Banbridge, Omagh e Belfast, che impiegavano meno di 20 persone ciascuno. La società Bonmarché, divenuta insolvente, il 20 gennaio 2012 è stata ceduta alla Bluebird che, immediatamente dopo la cessione, ha iniziato un processo di ristrutturazione che comportava la chiusura di numerosi negozi, compresi quelli in cui lavoravano le ricorrenti nel procedimento principale. Le ricorrenti nel procedimento principale sono state licenziate, insieme ad altri dipendenti, il 12 marzo 2012, senza alcun procedimento di consultazione ai sensi della direttiva. Pertanto, le stesse hanno proposto ricorso dinanzi al giudice nazionale per contestare la validità del loro licenziamento.

Il giudice *a quo* ritiene che sia possibile interpretare l'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera *a*), *ii*), della direttiva nel senso che il numero di 20 in esso indicato fa riferimento al numero di dipendenti di un particolare stabilimento, ma che sia anche possibile considerare che il medesimo numero si riferisce alle persone licenziate nell'insieme dell'impresa del datore di lavoro. Esso sostiene che un'interpretazione teleologica è appropriata nel caso di specie e che dalla sentenza della Corte di giustizia *Rockfon* (C.G.U.E., Prima Sezione, sentenza 7 dicembre 1995, causa C-449/93, EU:C:1995:420) risulta che la direttiva 75/129, alla quale è succeduta la direttiva di causa, doveva essere interpretata in maniera tale da consentire di coprire il maggior numero possibile di licenziamenti per motivi economici. Ciò considerato, l'Industrial Tribunal (Northern Ireland), Belfast, [Tribunale del lavoro (Irlanda del Nord), Belfast] ha deciso di sospendere il

procedimento e di sottoporre alla Corte UE tre quesiti pregiudiziali.

Con dette questioni, esaminate congiuntamente dalla Corte di giustizia, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente, da un lato, se la nozione di «stabilimento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera *a*), *ii*), della direttiva debba essere interpretata allo stesso modo della nozione di «stabilimento» che figura nella lettera *a*), *i*), del medesimo comma e, dall'altro, se l'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera *a*), *ii*), della direttiva debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che preveda un obbligo di informazione e di consultazione dei lavoratori in caso di licenziamento, nel corso di un periodo di 90 giorni, di almeno 20 lavoratori di ogni singolo stabilimento di un'impresa, e non quando il numero complessivo di licenziamenti in tutti gli stabilimenti o in taluni stabilimenti di un'impresa nel corso del medesimo periodo raggiunge o supera la soglia di 20 lavoratori.

In forza del diritto nazionale applicabile, qualora un datore di lavoro intenda sopprimere almeno 20 posti di lavoro in uno stabilimento nel corso di un periodo di 90 giorni, esso è tenuto a rispettare una procedura di informazione e di consultazione dei lavoratori al riguardo. In proposito, la Corte UE constata che, conformemente alla propria giurisprudenza, la nozione di stabilimento «costituisce una nozione di diritto dell'Unione e non può definirsi mediante richiamo alle normative degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza *Rockfon*, C-449/93, EU:C:1995:420, punto 25). Essa deve quindi ricevere un'interpretazione autonoma e uniforme nell'ordinamento giuridico dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Athinaiki Chartopoiia*, C-270/05, EU:C:2007:101, punto 23)». Del resto, la Corte ha già interpretato la nozione di «stabilimento» o di «stabilimenti» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera *a*), della direttiva, osservando che il rapporto di lavoro è essenzialmente caratterizzato dal vincolo esistente tra il lavoratore e la parte dell'impresa cui esso è addetto per svolgere il suo compito (sentenza *Rockfon* cit.). Occorre interpretare la nozione di «stabilimento» che figura nell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera *a*), della direttiva nel senso che essa designa, secondo le circostanze, l'unità alla quale i lavoratori colpiti da licenziamento sono addetti per lo svolgimento delle loro mansioni. Il fatto che l'unità di cui trattasi disponga di una direzione che possa effettuare licenziamenti collettivi in modo autonomo non è essenziale per la definizione della nozione di «stabilimento».

Il giudice dell'Unione ricorda che nella sentenza *Athinaiki Chartopoiia* (C.G.U.E., Prima Sezione, sentenza 15 febbraio 2007, causa C-270/05, EU:C:2007:101), la Corte ha fornito precisazioni supplementari riguardo alla nozione di «stabilimento» dichiarando che, ai fini dell'applicazione della direttiva

va, può in particolare costituire uno «stabilimento», nell'ambito di un'impresa, un'entità distinta, che presenta caratteristiche di permanenza e stabilità, che è destinata ad effettuare una o più operazioni determinate e che dispone di un insieme di lavoratori nonché di strumenti tecnici e di una determinata struttura organizzativa che permette il compimento di tali operazioni. Con l'utilizzo dei termini «entità distinta» e «nell'ambito di un'impresa», la Corte ha precisato che le nozioni di «impresa» e di «stabilimento» sono diverse e che lo stabilimento costituisce di regola una parte di un'impresa. Tuttavia, ciò non esclude che, qualora l'impresa non disponga di varie unità distinte, lo stabilimento e l'impresa possano coincidere. Inoltre, nella pronuncia *Athinaiki Chartopoiia* (cit.), la Corte ha affermato che, in considerazione del fatto che lo scopo della direttiva attiene agli effetti socioeconomici che i licenziamenti collettivi potrebbero provocare in un contesto locale e in un ambiente sociale determinati, l'entità in questione non deve necessariamente essere dotata di una qualsivoglia autonomia giuridica e neppure di un'autonomia economica, finanziaria, amministrativa o tecnologica per poter essere qualificata come «stabilimento». Di conseguenza, conformemente alla giurisprudenza della Corte, qualora un'«impresa» comprenda più entità che soddisfano i criteri poc'anzi precisati, è l'entità cui i lavoratori colpiti da licenziamento sono addetti per lo svolgimento delle loro mansioni a costituire lo «stabilimento» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), della direttiva. Tale giurisprudenza è applicabile alla presente causa. Il significato dei termini «stabilimento» o «stabilimenti» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), i), della direttiva è identico a quello dei termini «stabilimento» o «stabilimenti» che ricorrono nell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della medesima direttiva. Del resto, precisa la Corte UE, nessun elemento del testo dell'articolo 1, primo paragrafo, primo comma, lettera a), della direttiva suggerisce che occorra dare un significato diverso ai termini «stabilimento» o «stabilimenti» che figurano nello stesso comma di detto articolo. Il fatto che il legislatore offra agli Stati membri la possibilità di scegliere tra le opzioni previste, rispettivamente, all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), i), e lettera a), ii), della direttiva indica che la nozione di «stabilimento» non può avere una portata completamente diversa a seconda che lo Stato membro interessato opti per l'una o l'altra soluzione. Inoltre, una differenza di siffatta portata sarebbe contraria alla necessità (considerando 7 della direttiva) di promuovere il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi.

Per quanto riguarda la questione, sollevata dal giudice del rinvio, se l'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della direttiva esiga che si tenga conto dei licenziamenti effettuati in ciascuno stabili-

mento considerato separatamente, l'interpretazione secondo cui tale disposizione richiederebbe che sia preso in considerazione il numero totale dei licenziamenti effettuati in tutti gli stabilimenti di un'impresa aumenterebbe, certo, considerevolmente il numero di lavoratori che potrebbero beneficiare della tutela della direttiva, il che sarebbe conforme a uno degli obiettivi di quest'ultima. Tuttavia, occorre ricordare che tale direttiva intende rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi. Ugualmente, il testo mira, da un lato, ad assicurare una tutela di analoga natura dei diritti dei lavoratori nei vari Stati membri e, dall'altro, a ravvicinare gli oneri che dette norme di tutela comportano per le imprese dell'Unione (C.G.U.E., sentenza 8 giugno 1994, causa C-383/92, *Commissione c. Regno Unito*, EU:C:1994:234; sentenza 12 ottobre 2004, causa C-55/02, *Commissione c. Portogallo*, EU:C:2004:605; C.G.U.E., Seconda Sezione, sentenza 18 gennaio 2007, causa C-385/05, *Confédération générale du travail e a.*, EU:C:2007:37). Ne segue che un'interpretazione della nozione di «stabilimento», quale richiamata poc'anzi, da un lato, sarebbe contraria all'obiettivo di assicurare una tutela analoga dei diritti dei lavoratori in tutti gli Stati membri e, dall'altro, comporterebbe oneri assai diversi per le imprese che devono soddisfare gli obblighi di informazione e di consultazione in forza degli articoli da 2 a 4 di detta direttiva a seconda della scelta dello Stato membro interessato, cosa che sarebbe anch'essa contraria all'obiettivo perseguito dal legislatore dell'Unione di equiparare tali oneri in tutti gli Stati membri. Si aggiunga, a giudizio della Corte, che tale interpretazione condurrebbe a includere nell'ambito di applicazione della direttiva non solo un gruppo di lavoratori colpiti da un licenziamento collettivo, ma anche, se del caso, un solo lavoratore di uno stabilimento, il che sarebbe contrario alla nozione usuale di «licenziamento collettivo». Inoltre, il licenziamento di questo solo lavoratore attiverebbe le procedure di informazione e di consultazione previste dalle disposizioni della direttiva, le quali non sono adeguate a un caso individuale.

Va, tuttavia, ricordato che la direttiva in esame istituisce una tutela minima relativa all'informazione e alla consultazione dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi. L'articolo 5 della direttiva ha concesso la facoltà agli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di disposizioni contrattuali più favorevoli ai lavoratori. Nell'ambito di tale facoltà, l'articolo 5 consente in particolare agli Stati membri di concedere la tutela prevista da tale direttiva non soltanto ai lavoratori di uno stabilimento, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), di detta direttiva, che siano stati o saranno licenziati, ma anche a tutti i lavoratori colpiti da un licenziamento di un'impresa o di una parte di un'impresa di un medesimo datore di

lavoro, dato che il termine «impresa» include la totalità delle distinte unità di impiego di tale impresa o di tale parte di impresa. Sebbene gli Stati membri abbiano quindi il diritto di prevedere norme più favorevoli ai lavoratori sul fondamento dell'articolo 5 della direttiva, essi sono tuttavia vincolati all'interpretazione autonoma e uniforme della nozione del diritto dell'Unione di «stabilimento» contenuta nell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), i) e ii), della direttiva. Da quanto precede emerge che la definizione contenuta nell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), i), e lettera a), ii), della direttiva richiede che siano presi in considerazione i licenziamenti effettuati in ciascuno stabilimento considerato separatamente. Applicando tali argomentazioni al caso di specie, il giudice UE constata che ciascuno dei negozi di cui trattasi nel procedimento principale costituisce un'entità distinta, che normalmente è permanente, incaricata dell'esecuzione di determinati compiti, vale a dire, principalmente, la vendita di merci, e che, a tal fine, dispone di vari lavoratori, di mezzi tecnici e di una struttura organizzativa, in quanto il negozio è un centro di costi individuale gestito da un direttore. Pertanto, un siffatto negozio è idoneo a soddisfare i criteri della giurisprudenza relativa alla nozione di «stabilimento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, della direttiva, cosa che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare alla luce delle circostanze concrete del procedimento principale.

In virtù di quanto considerato, la Corte risponde che, da un lato, la nozione di «stabilimento» contenuta nell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della direttiva deve essere interpretata allo stesso modo della nozione contenuta nella lettera a), i), del medesimo comma e che, dall'altro, l'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, lettera a), ii), della direttiva deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che preveda un obbligo di informazione e di consultazione dei lavoratori in caso di licenziamento, nel corso di un periodo di 90 giorni, di almeno 20 lavoratori di un particolare stabilimento di un'impresa, e non quando il numero complessivo di licenziamenti in tutti gli stabilimenti o in taluni stabilimenti di un'impresa nel corso del medesimo periodo raggiunge o supera la soglia di 20 lavoratori.

Rinvio pregiudiziale – Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea – Articolo 12, secondo comma – Tassa istituita in favore degli enti locali riscossa presso chiunque disponga o goda, sul loro territorio, di un'abitazione – Massimale – Misura sociale – Considerazione degli stipendi, dei salari e degli emolumenti versati dall'Unione europea ai propri funzionari e altri agenti

L'articolo 12, secondo comma, del Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea, allegato ai Trattati UE, FUE e CEEA, deve essere interpretato nel

senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prenda in considerazione gli stipendi, i salari e gli emolumenti versati dall'Unione europea ai propri funzionari e altri agenti per la determinazione del massimale della contribuzione dovuta a titolo di una tassa sull'abitazione, istituita in favore degli enti locali, in vista di un eventuale sgravio dalla medesima.

C.G.U.E., Prima Sezione, sentenza 21 maggio 2015, causa C-349/14, Pazdziej

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 12, secondo comma, del Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea, allegato ai Trattati UE, FUE e CEEA (in seguito: il Protocollo). La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il ministre délégué, chargé du budget [Ministro con delega al bilancio] e la sig.ra Pazdziej riguardo alla considerazione della retribuzione versata a quest'ultima dall'Unione europea ai fini del calcolo dell'ammontare massimo della contribuzione dovuta a titolo di una tassa in favore degli enti locali, denominata «tassa sull'abitazione», riscossa presso chi disponga o goda privatamente di locali abitativi in Francia al 1° gennaio dell'anno di imposizione.

L'articolo 12 del Protocollo stabilisce che i funzionari e gli altri agenti dell'Unione sono soggetti, a profitto di quest'ultima, ad una imposta su stipendi, salari ed emolumenti dalla stessa versati. Viceversa, gli stessi sono esenti da imposte nazionali sugli stipendi, salari ed emolumenti versati dall'Unione. La sig.ra Pazdziej, funzionaria dell'Unione, è proprietaria di una casa a Lomme (Francia), insieme al suo partner, al quale è legata da un «patto civile di solidarietà», ai sensi del diritto civile francese. Ritenendo che, in applicazione dell'articolo 12, secondo comma, del Protocollo, i redditi che le versa l'Unione non debbano essere inclusi nel calcolo del reddito fiscale di riferimento rilevante per la determinazione del massimale della tassa sull'abitazione relativa alla casa occupata con il proprio compagno, la suddetta ha chiesto all'amministrazione tributaria competente lo sgravio automatico da tale tassa per l'anno 2010. Con decisione del 13 maggio 2013, il tribunal administratif de Lille (Francia) ha accolto la domanda. Il ministre délégué, chargé du budget ha proposto ricorso per cassazione contro detta decisione dinanzi al giudice del rinvio. Quest'ultimo ricorda come, conformemente alla giurisprudenza della Corte, le disposizioni dell'articolo 12, secondo comma, del Protocollo escludano qualsiasi imposizione, non solo diretta ma anche indiretta, da parte degli Stati membri, delle remunerazioni corrisposte dall'Unione. Nondimeno, risulterebbe dalla sentenza *Vander Zwalmen e Massart* (C.G.U.E., Sesta Sezione, sentenza 14 ottobre 1999, causa C-229/98, EU:C:1999:501) che le medesime disposizioni non ostano a che un van-

taggio fiscale, applicato in modo non discriminatorio ai nuclei familiari aventi redditi inferiori ad un certo importo, venga negato ai nuclei familiari in cui uno dei coniugi abbia la qualità di funzionario o di altro agente dell'Unione, qualora la sua retribuzione superi tale importo. D'altro lato, conformemente agli insegnamenti che si possono trarre dalla sentenza *Bourgès-Maunoury e Heintz* (C.G.U.E., Terza Sezione, sentenza 5 luglio 2012, causa C-558/10, EU:C:2012:418), relativa alle modalità di determinazione del massimale dell'imposta francese di solidarietà sul patrimonio, l'articolo 12 del Protocollo osterebbe a che le remunerazioni dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione vengano prese in considerazione per calcolare l'importo dell'imposta dovuta. Alla luce di queste considerazioni, il Conseil d'État ha deciso di sospendere il procedimento e di interrogare la Corte lussemburghese in via pregiudiziale.

Con la sua questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 12, secondo comma, del Protocollo debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prende in considerazione gli stipendi, i salari e gli emolumenti versati dall'Unione ai propri funzionari e altri agenti per la determinazione del massimale della contribuzione dovuta a titolo di una tassa sull'abitazione, istituita in favore degli enti locali, in vista di un eventuale sgravio dalla medesima. Nel rispondere, il giudice UE ricorda che l'articolo 12 del Protocollo garantisce una tassazione uniforme di detti stipendi, salari ed emolumenti per tutti i funzionari e gli altri agenti dell'Unione, evitando in particolare, da un lato, che, in seguito alla riscossione di imposte nazionali diverse, la loro remunerazione effettiva vari in ragione della loro nazionalità o domicilio e, dall'altro, che, per effetto di una doppia imposizione, la remunerazione stessa sia eccessivamente gravata (C.G.U.E., sentenza 3 luglio 1974, 7/74, *Brouerius van Nidek*, EU:C:1974:73). Di conseguenza, «il diritto dell'Unione sancisce la netta distinzione tra i redditi soggetti al potere delle amministrazioni tributarie nazionali degli Stati membri, da una parte, e le remunerazioni dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione, dall'altra. Le suddette remunerazioni sono soggette esclusivamente, quanto alla loro imponibilità eventuale, al diritto dell'Unione, mentre gli altri redditi dei funzionari restano soggetti a imposizione da parte degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza Humblet/Stato belga, 6/60-IMM, EU:C:1960:48, pag. 1158). L'esenzione prevista dall'articolo 12, secondo comma, del Protocollo concerne, pertanto, unicamente le imposte nazionali analoghe a quelle percepite dall'Unione sulle stesse fonti di reddito (sentenza Brouerius van Nidek, 7/74, EU:C:1974:73, punto 12).».

La Corte precisa poi che l'articolo 12, secondo comma, del Protocollo riguarda l'esenzione da qualsiasi tributo nazionale basato, direttamente o indiretta-

mente, sugli stipendi, i salari e gli emolumenti versati dall'Unione ai propri funzionari o altri agenti. «Esso osta quindi a qualsiasi tributo nazionale, a prescindere dalla sua natura o dalle sue modalità di riscossione, che abbia l'effetto di colpire, direttamente o indirettamente, i funzionari o gli altri agenti a causa del fatto che percepiscono una remunerazione dall'Unione, e ciò anche quando il tributo non sia commisurato all'entità di detta remunerazione (sentenze Commissione/Belgio, 260/86, EU:C:1988:91, punto 10; Tither, C-333/88, EU:C:1990:131, punto 12; Kristoffersen, C-263/91, EU:C:1993:207, punto 14, nonché Vander Zwalmen e Massart, C-229/98, EU:C:1999:501, punto 24). Così, nel caso in cui il diritto tributario nazionale preveda un sistema d'imposizione progressivo, detta disposizione vieta di tener conto delle retribuzioni versate dall'Unione ai propri funzionari e altri agenti per stabilire l'aliquota d'imposta su altri redditi non esonerati. Diversamente, i redditi personali di un funzionario sarebbero tassati di più per il solo fatto che questi percepisce una retribuzione dall'Unione (v., in tal senso, sentenza Humblet/Stato belga, 6/60-IMM, EU:C:1960:48, pag. 1160)» (p.ti 15-18). Viceversa, a giudizio della Corte UE, l'articolo 12 del Protocollo non obbliga gli Stati membri a concedere ai funzionari e agli altri agenti dell'Unione le stesse sovvenzioni accordate ai beneficiari definiti secondo le pertinenti norme nazionali. Detto articolo esige soltanto che una persona soggetta a determinate imposte e che soddisfi le condizioni stabilite dalla normativa nazionale pertinente possa godere di qualsiasi vantaggio fiscale normalmente previsto per i soggetti passivi, al fine di evitare che gravi su di essa un onere fiscale più elevato (C.G.U.E., Sesta Sezione, sentenza 22 marzo 1990, causa C-333/88, *Tither*, EU:C:1990:131) o che sia oggetto di un trattamento discriminatorio rispetto a tutti gli altri contribuenti (C.G.U.E., Sesta Sezione, sentenza 14 ottobre 1999, causa C-229/98, *Vander Zwalmen e Massart*, EU:C:1999:501). A giudizio della Corte UE, alla luce di tali considerazioni si deve stabilire se l'articolo 12, secondo comma, del Protocollo ammetta una normativa nazionale quale quella nel procedimento principale. In merito, il giudice dell'Unione osserva che dagli atti di causa risulta che l'elemento generatore della tassa sull'abitazione è la disposizione o il godimento a titolo privato di un'abitazione in una località francese, la base di detta tassa è costituita dal valore locatizio catastale netto e l'aliquota è determinata dalle autorità comunali. Ora, la Corte ha già affermato che la tassazione del valore locatizio dell'alloggio di un funzionario o di un altro agente dell'Unione ha natura obiettiva e non ha alcun nesso giuridico con gli stipendi, i salari e gli emolumenti versati da quest'ultima (C.G.U.E., Sesta Sezione, sentenza 25 maggio 1993, causa C-263/91, *Kristoffersen*, EU:C:1993:207). Ne discende che la tassa sull'abitazione di cui trattasi nel procedimento principale non può essere assimi-

lata a un'imposta basata sugli stipendi, i salari e gli emolumenti versati dall'Unione ai propri funzionari e altri agenti. Al riguardo, è irrilevante la circostanza che l'importo della contribuzione dovuta a titolo di detta tassa possa eventualmente variare in funzione di quello degli stipendi, dei salari e degli emolumenti versati dall'Unione. Si deve ricordare, infatti, che, nel procedimento principale, a far discutere non è il principio dell'assoggettamento di un funzionario o di altro agente dell'Unione alla tassa sull'abitazione, bensì e soltanto la considerazione degli stipendi, salari ed emolumenti versati dall'Unione nel calcolo delle entrate del nucleo familiare interessato, onde determinare se il debitore di detta tassa possa beneficiare della fissazione di un massimale della contribuzione dovuta a tal titolo.

Ebbene, la Corte lussemburghese constata, in primo luogo, che occorre constatare che la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non contiene nessuna disposizione che impedisca ai funzionari e agli altri agenti dell'Unione di beneficiare dello sgravio parziale dalla tassa sull'abitazione alle stesse condizioni applicabili ad ogni altro contribuente ammesso a tale vantaggio, ossia alla condizione che il reddito fiscale di riferimento non superi la soglia di legge. Invero, la causa di esclusione dallo sgravio parziale dalla tassa sull'abitazione non risiede nel fatto di essere funzionario o altro agente dell'Unione che percepisce un salario superiore alla soglia del reddito fiscale di riferimento, bensì discende dalla condizione generale relativa all'importo dei redditi che danno diritto a detto beneficio, condizione che si applica in maniera non discriminatoria ai funzionari e agli altri agenti dell'Unione come a ogni altro contribuente dello Stato membro interessato. In secondo luogo, che la tassa di cui trattasi nel procedimento principale dipende essenzialmente dal valore locatizio dell'alloggio e non riguarda né la capacità contributiva del contribuente né l'integralità del suo patrimonio. Infatti, la capacità contributiva dell'interessato è considerata solo ai fini dell'ottenimento del vantaggio fiscale e non costituisce l'oggetto stesso della tassa sull'abitazione. Al riguardo, è necessario sottolineare che il meccanismo dello sgravio parziale dalla tassa sull'abitazione è stato introdotto per evitare situazioni di ingiustizia e costituisce una misura sociale che consente ai nuclei familiari a basso reddito di fare fronte alle imposte comunali. Ammettere un'esclusione degli stipendi, dei salari e degli emolumenti versati dall'Unione sul fondamento delle disposizioni dell'articolo 12 del Protocollo condurrebbe, pertanto, a uno snaturamento della misura sociale istituita.

In definitiva, la Corte conclude nel senso che l'articolo 12, secondo comma, del Protocollo non osta a una normativa nazionale che prenda in considerazione gli stipendi, i salari e gli emolumenti versati dall'Unione ai propri funzionari e altri agenti per la deter-

minazione del massimale della contribuzione dovuta a titolo di una tassa sull'abitazione, istituita in favore degli enti locali, in vista di un eventuale sgravio dalla medesima.

Cooperazione giudiziaria in materia civile – Competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Articolo 23 – Clausola attributiva di competenza – Requisiti di forma – Comunicazione elettronica che consente una registrazione durevole della clausola – Nozione – Condizioni generali di vendita che possono essere consultate e stampate a partire da un collegamento che consente di visualizzarle in una nuova finestra – Procedura di accettazione mediante "clic"

L'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che la procedura di accettazione mediante «clic» delle condizioni generali di un contratto di vendita, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, concluso elettronicamente, che contengano una clausola attributiva di competenza, costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, ai sensi di tale disposizione, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto.

C.G.U.E., Terza Sezione, sentenza 21 maggio 2015³, causa C-322/14, J.E.M.

I fatti di causa: un concessionario di automobili di Colonia (RFG) acquistò su sito web di una concessionaria con sede in Amberga (RFG) una vettura elettrica ad un prezzo particolarmente vantaggioso, sottoscrivendo il relativo contratto su tale sito ed in particolare approvando con un *click* le condizioni generali di vendita predisposte dal venditore tra le quali una clausola prorogativa di competenza ed elezione di foro.

Dopo il pagamento in favore della società madre avente sede a Lovanio (B) e l'emissione della fattura da parte della società madre, la concessionaria venditrice comunicò all'acquirente l'annullamento della vendita a causa degli asseriti gravi danni subiti durante le operazioni di trasposto dalla vettura oggetto della vendita.

Ritenendo che tale comunicazione celasse la volontà del venditore di porre rimedio ad una vendita per lui non conveniente, atteso il prezzo estremamente conveniente della vendita stessa, l'acquirente convenne innanzi al Landgericht Krefeld la venditrice.

Questa, costituitasi in giudizio, eccepì preliminarmente l'incompetenza per territorio del tribunale

³ ECLI:EU:C:2015:334. Procedimento avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dal Landgericht Krefeld (Germania), con decisione del 5 giugno 2014.

tedesco, poiché le condizioni generali approvate con un click dall'acquirente, prorogavano la competenza innanzi alla giurisdizione belga. In ogni caso, rilevava ancora la convenuta, vi era carenza di legittimazione passiva della concessionaria, dovendo rilevarsi che il contratto fosse stato concluso con la società madre, così come provato dal pagamento effettuato su un conto corrente acceso presso una banca belga nonché l'emissione da parte della società madre della fattura internazionale per l'acquisto della vettura.

Il Landgericht ha quindi proposto una domanda pregiudiziale alla Corte per un *certiorari* circa la validità dell'approvazione attraverso il cd. *click-wrapping*⁴ della clausola prorogativa della competenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 § 2 del Regolamento cd. Bruxelles I⁵.

La norma di cui è stata richiesta l'interpretazione prevede che: «1. Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

- a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o
- b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o
- c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione elettronica che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza»

Il quesito posto alla Corte era se l'approvazione di una clausola espressa con un *click* su un sito web possa essere qualificata come espressa in forma scritta ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 23 del regolamento Bruxelles I.

La Corte, riportandosi alla propria giurisprudenza consolidata⁶, ha ritenuto che la finalità di tale disposizione è quindi quella di equiparare determinate forme di comunicazione elettronica alla forma per iscritto, in vista di semplificare la conclusione dei contratti con mezzi elettronici, poiché la comunicazione delle informazioni in questione si realizza anche quando tali

informazioni sono accessibili attraverso uno schermo. Affinché la comunicazione elettronica possa offrire le stesse garanzie, in particolare in materia di prova, è sufficiente che sia «possibile» salvare e stampare le informazioni prima della conclusione del contratto.

Deve rilevarsi che la dottrina⁷ richiamata dai Giudici dell'Unione ha affermato: «L'art. 23 par. 2 si limita ad indicare che le comunicazioni elettroniche costituiscono forma scritta se «permettono» una registrazione durevole non anche se quest'ultima è effettuata in concreto, a significare che la registrazione non è richiesta per l'esistenza o la validità formale della clausola, ma soltanto per la sua prova, che ben difficilmente potrebbe essere data in modo diverso».

La Corte ha peraltro distinto l'ipotesi regolata dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (GU L 144, p. 19), da quella in esame: nella prima infatti non solo è diversa la finalità – protezione dei consumatori – ma la norma richiede espressamente la comunicazione ai consumatori delle informazioni su un supporto durevole.

La Corte ha quindi concluso che la procedura di accettazione mediante «clic» consente di stampare e di salvare il testo delle condizioni generali in questione prima della conclusione del contratto. Anche la circostanza che la pagina web contenente tali condizioni non si apra automaticamente al momento della registrazione sul sito Internet e di ciascuna operazione di acquisto non può porre in discussione la validità della clausola attributiva di competenza.

⁴ Il click-wrap è l'approvazione con un click su un sito web di contratti, condizioni e proposte formulate dal web-master.

⁵ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1).

⁶ C.G.C.E., C-106/95, EU:C:1997:70 (Avvocato Generale G. Tesauro); C.G.U.E., C-543/10, EU:C:2013:62.

⁷ Relazione esplicativa alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007 (GUUE 2009/C 319/01 p. 109).

Ordinamento giudiziario

NOTA ALL'ART. 18 DEL D.L. N. 83/2015	204
di Luigi Levita	
NOTA AGLI ARTT. 19, 20 E 21 DEL DECRETO LEGGE N. 83/2015	206
di Luigi Levita	

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



Nota all'art. 18 del d.l. n. 83/2015*

sommario

Premessa. – **1.** Cosa stabilisce la norma di nuovo conio. – **2.** Gli effetti sperati. – **3.** Gli effetti perversi.

Premessa

Nell'ambito delle disposizioni tese ad assicurare l'efficienza degli uffici giudiziari, il Governo interviene con l'art. 18 del d.l. n. 83/2015, stabilendo una proroga degli effetti del trattenimento in servizio dei magistrati ordinari.

La disposizione in parola, sfruttando l'*occasio iuris* della rivisitazione del processo di esecuzione e fallimentare nonché del PCT, scaturisce dalla necessità di consentire al Consiglio Superiore della Magistratura di bandire ed assegnare con maggiore ponderazione gli incarichi direttivi e semidirettivi a scadere negli anni 2015 e 2016, periodo che si presuppone giustamente caratterizzato da una notevole movimentazione in tal senso, con le correlate complicazioni organizzative e le presumibili disfunzioni operative; ancora una volta quindi, il Legislatore corre a mettere riparo ad una situazione astratta di inefficienza "amministrativa" non mediante il potenziamento delle risorse, bensì con un semplice differimento degli effetti del trattenimento in servizio. Un *modus operandi* tristemente noto, nonché invalso in tutti i settori dell'ordinamento (i processi penali non si riescono a celebrare e definire in tempo ragionevole. Si assumono nuovi magistrati? Si recluta ulteriore personale amministrativo? Si implementano le risorse economiche? Nulla di tutto questo: si allungano i termini prescizionali), la cui attuazione peraltro, come si vedrà a breve, rischia di apparire tutt'altro che lineare e priva di complicazioni.

1. Cosa stabilisce la norma di nuovo conio

Ai sensi dell'art. 18, gli effetti dell'articolo 1, comma 3, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114), sono differiti al 31 dicembre 2016 per i magistrati ordinari che non abbiano compiuto il settantaduesimo anno di età alla data del 31 dicembre 2015 e

che debbano essere collocati a riposo nel periodo fra il 31 dicembre 2015 ed il 30 dicembre 2016.

L'art. 1 del d.l. n. 90/2014, in particolare, dispone che i trattenimenti in servizio, pur se ancora non disposti, per i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari che alla data di entrata in vigore del decreto stesso ne abbiano i requisiti, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, e successive modificazioni, sono fatti salvi sino al 31 dicembre 2015 o fino alla loro scadenza se prevista in data anteriore.

L'art. 1 del decreto legge n. 90/2014, per favorire il ricambio nelle Pubbliche Amministrazioni, aveva infatti abrogato tutte le disposizioni che disciplinavano l'istituto del trattenimento in servizio (ovvero la possibilità per i dipendenti pubblici di permanere in servizio per un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo); al solo personale delle magistrature era consentito, in deroga al regime ordinario appena delineato, il trattenimento in servizio fino al 31 dicembre 2015.

Stabilisce infine l'art. 18 in commento che per gli altri magistrati ordinari che abbiano compiuto almeno il settantaduesimo anno di età al 31 dicembre 2015, resta fermo il predetto termine ultimo di permanenza in servizio stabilito dall'articolo 1, comma 3, del decreto legge n. 90/2014.

2. Gli effetti sperati

Con la descritta proroga del termine, il legislatore mira in prima battuta a rendere maggiormente fluido al Consiglio Superiore della Magistratura il compito di selezione degli aspiranti ad incarichi direttivi, scongiurando una congestione organizzativa che avrebbe invece delineato perversi effetti sul *turn over*.

Ancora, poiché la maggior parte degli incarichi di vertice da ricoprire attiene agli uffici della Corte di Cassazione, la paventata paralisi avrebbe comportato notevolissime difficoltà concrete nell'andamento degli uffici di Piazza Cavour, implicitamente arrecando anche un *vulnus* alla funzione nomofilattica della Corte.

Ne costituisce una riprova praticamente "in tempo reale" la delibera adottata dal Plenum del Consiglio Superiore in data 30 giugno 2015, con la quale si sono avviate le procedure per la copertura di numerosi uffici direttivi e semidirettivi: oltre al ruolo del Primo Presi-

* Articolo già pubblicato in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, n. 30, 18 luglio 2015".

dente, del Presidente Aggiunto e dell'Avvocato Generale, sono stati infatti banditi 21 posti per Presidente di Sezione presso la Corte di Cassazione, nonché ben 140 ulteriori posti presso gli uffici di merito giudicanti e requirenti. Si prefigura quindi un *surplus* di impegno per il Consiglio Superiore e le competenti commissioni nei mesi a venire, tale da rendere di fatto ineludibile la necessità di intervenire in via d'urgenza.

Non da ultimo, consentire un'organizzazione del *turn over* su quattro semestri induce all'ottimismo con riguardo alla salvaguardia della continuità degli uffici, già messi a dura prova da riforme pseudo-efficientistiche della geografia giudiziaria, tramutamenti orizzontali e verticali, blocco delle assunzioni del personale amministrativo e di cancelleria.

3. Gli effetti perversi

Nonostante l'opportuno differimento temporale della disciplina del trattenimento in servizio, che assicura un minimo margine di manovra al Consiglio Superiore della Magistratura, il quadro è lungi dall'essere totalmente tranquillizzante (sempre che in sede di conversione la disposizione resti immutata e non venga sottoposta ad ulteriori aggiustamenti, beninteso).

Ed infatti, l'impressione complessiva che si trae è quella degli organizzatori di una maratona che, anziché assicurare ai podisti un percorso sicuro, spugnaggi frequenti, assistenza pre- e post gara, si limitano a consentire loro di completare la disfida di Filippide in un tempo maggiore rispetto a quello originariamente fissato: magari il podista arriverà pure al traguardo, ma col rischio di lasciare sul percorso i segni della fatica e del proprio passaggio. L'auspicio che il Consiglio Superiore, nonostante questa proroga, riesca ad ottimizzare il proprio percorso decisionale teso alla selezione dei magistrati maggiormente qualificati a ricoprire gli incarichi direttivi e semidirettivi in scadenza, rischia comunque di tramutarsi facilmente – a sommosso avviso di chi scrive – in una *vana spes*.

Nota agli artt. 19, 20 e 21 del decreto legge n. 83/2015*

sommario

Premessa. – **1.** Atti introduttivi anche telematici. – **2.** Ampliati i poteri/doveri di autentica. – **3.** Ulteriori interventi sul processo amministrativo. – **4.** Si parte subito.

Premessa

La terza parte del decreto legge n. 83/2015 interviene nuovamente, a pochissimi mesi di distanza rispetto all'ultima novella, sugli assetti più critici del processo civile telematico, con una tempestività degna di particolare menzione, mirando le nuove norme a fornire immediata risoluzione agli aspetti controversi emersi nella casistica degli uffici giudiziari, specialmente a seguito della piena implementazione del PCT e della *deadline* del 30 giugno 2015.

Va altresì salutata con favore la scelta del Governo di prendere a riferimento il decreto legge n. 179/2012, operando su di esso le opportune aggiunte ed interpolazioni e rendendo per tal via maggiormente agevole il lavoro degli interpreti (anche se, tenuto conto dell'enorme importanza delle parallele "regole tecniche", i tempi sembrerebbero davvero maturi per porre mano ad una vera e propria codificazione del processo civile telematico).

Apprezzabile – sempre che resti immutata lungo i passaggi parlamentari di conversione – è pure l'autorizzazione di spesa di oltre cinquanta milioni di euro per gli interventi necessari al completamento del processo civile telematico e degli ulteriori processi di digitalizzazione del Ministero della Giustizia (ivi compresa la tenuta, con modalità informatiche, degli albi e degli elenchi dei consulenti tecnici, dei periti presso il tribunale, dei professionisti disponibili a provvedere alle operazioni di vendita), di cui ben oltre 48 milioni per l'anno in corso; nessun intervento normativo infatti, per quanto oculato e tecnicamente ineccepibile, potrà mai sostituire una robusta iniezione di risorse in un settore talmente asfittico quale quello della giustizia civile ordinaria (e chi scrive, avendo avuto modo di partecipare ai lavori del *Progetto PCT-SUD* per la Corte d'Appello di Salerno, ha potuto verificare

in prima persona come la scarsità di risorse fisiche e materiali non possa essere mai adeguatamente controbilanciata dal pur lodevole impegno dei protagonisti del processo. Del resto, anche il Consiglio Superiore della Magistratura, lo scorso 13 maggio, nel rendere gli esiti del monitoraggio sul PCT, aveva avuto modo di puntualizzare che «Nell'ambito del Processo civile telematico, la promessa semplificazione e velocizzazione dei processi ha indiscutibilmente fatto i conti con l'impiego di risorse inadeguate in termini di hardware, assistenza tecnica e capacità di tenuta delle linee telematiche. Del tutto inadeguata è stata la formazione, ed anche la Scuola Superiore della Magistratura, in questo settore si è mossa in ritardo. Sono inoltre emerse questioni di difficile interpretazione normativa che potevano essere risolte predisponendo gli opportuni accorgimenti in fase di avvio. È necessario ora riconsiderare le normative processuale, pensata per un sistema cartaceo, in modo da adattarla alla nuova realtà del PCT»).

2. Atti introduttivi anche telematici

All'articolo 16-*bis* del decreto legge n. 179/2012, vera norma di riferimento nell'ambito del PCT, dopo il primo comma, viene inserito dall'art. 19 del d.l. n. 83/2015 il seguente comma: «1-*bis*. Nell'ambito dei procedimenti civili, contenziosi e di volontaria giurisdizione innanzi ai Tribunali e, a decorrere dal 30 giugno 2015, innanzi alle Corti d'Appello è sempre ammesso il deposito telematico dell'atto introduttivo o del primo atto difensivo e dei documenti che si offrono in comunicazione, da parte del difensore o del dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. In tal caso il deposito si perfeziona esclusivamente con tali modalità».

Con l'approssimarsi della scadenza del 30 giugno 2015 per i procedimenti pendenti in grado d'appello, il Legislatore approfitta della circostanza e recepisce una novità operativa a lungo caldeggiata dagli operatori, dopo una prima fase di messa a regime del PCT e nonostante gli inevitabili intoppi e criticità pure scaturiti dalla prassi quotidiana: atto di citazione, ricorso, comparsa di risposta e memoria di costituzione da oggi

* Articolo già pubblicato in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, n. 30, 18 luglio 2015".

possono depositarsi anche in forma telematica, unitamente ai documenti che si offrono in comunicazione.

La nuova norma rende inattuale il dibattito giurisprudenziale di merito, che pure si era alimentato con vivacità nei mesi scorsi, concernente la modalità di deposito utilizzata dalla parte di volta in volta e correlata alla natura introduttiva o meno di un determinato atto processuale; a sgombrare il campo da dubbi, l'ultimo periodo del nuovo comma 1-*bis* specifica che il deposito telematico perfeziona l'atto e non rende necessario alcun altro adempimento, men che meno il contestuale deposito cartaceo (del quale, purtroppo, si registra un uso/abuso particolarmente rilevante nella prassi giudiziaria di alcuni uffici giudiziari, con una tendenza nostalgica figlia dello scarso adattamento che rischia di frustrare le aspettative e le potenzialità del cambiamento).

Non erano mancate, infatti, numerose pronunce giurisprudenziali che avevano sancito l'inesistenza o l'inaffidabilità del deposito telematico di atti diversi da quelli indicati obbligatoriamente, nei Tribunali privi della dichiarazione di "valore legale" scaturente dal provvedimento DGSIA *ex* art. 35, d.m. n. 44/2011 (fonte normativa che, ad un primo sommario esame delle disposizioni introdotte dal decreto legge n. 83/2015, seppur non abrogata espressamente, sembrerebbe di fatto ormai inapplicabile).

Le nuove regole non si applicano soltanto al difensore, ma anche al dipendente della Pubblica Amministrazione che sta personalmente in giudizio, soggetto comunque abilitato al deposito telematico ai sensi dell'art. 13 delle regole tecniche.

2. Ampliati i poteri/doveri di autentica

La seconda, importantissima novità dell'art. 19 del decreto legge in esame afferisce al potere/dovere di estrazione ed autenticazione di copia e duplicati dai fascicoli informatici, che viene notevolmente implementato dal neonato articolo 16-*decies* del d.l. n. 179/2012 (il *lapsus calami* dell'individuazione di un articolo "16-*decies*" non preceduto da un articolo "16-*novies*" sarà auspicabilmente corretto in sede di conversione). Secondo tale ultima disposizione, «Il difensore, il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente, il consulente tecnico, il professionista delegato, il curatore ed il commissario giudiziale, quando depositano con modalità telematiche la copia informatica, anche per immagine, di un atto formato su supporto analogico e notificato, con modalità non telematiche, dall'ufficiale giudiziario ovvero a norma della legge 21 gennaio 1994, n. 53, attestano la conformità della copia al predetto atto. La copia munita dell'attestazione di conformità equivale all'originale dell'atto notificato. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche all'atto consegnato all'ufficiale giudiziario o all'ufficio postale per la notificazione».

Il nuovo articolo ha un effetto oggettivamente dirimpante sull'attività quotidiana degli operatori, giacché attribuisce a difensori e ausiliari del giudice (gli stessi soggetti analiticamente indicati nell'art. 16-*bis*) il potere/dovere di attestare la conformità delle copie informatiche di atti cartacei, notificati con modalità tradizionali, in proprio o tramite ufficiale giudiziario. Ed infatti, mentre con riguardo ad azioni giudiziarie intentate nei confronti delle persone giuridiche, l'indirizzo PEC risultante da pubblici elenchi garantiva e tuttora garantisce la ritualità del procedimento notificatorio e la sua genesi esclusivamente telematica, analoga facoltà non era possibile per l'evocazione in giudizio delle persone fisiche, la cui *vocatio in iudicium* resta comunque correlata all'espletamento della tradizionale procedura notificatoria non telematica.

Con l'avvento dell'art. 16-*decies*, invece, una volta eseguita la formalità notificatoria alle persone fisiche, il difensore potrà iscrivere a ruolo la causa in maniera completamente telematica, previa attestazione di conformità delle copie informatiche agli atti cartacei in suo possesso; similmente, anche il convenuto / resistente che intenda costituirsi per via telematica potrà fruire del *novum*, attestando allo stesso modo la conformità all'originale dell'atto di citazione / ricorso notificato con allegazione alla propria comparsa di risposta / memoria di costituzione.

Il successivo articolo 16-*undecies*, anch'esso introdotto dal decreto legge in esame, puntualizza le modalità tecniche attraverso le quali pervenire all'attestazione di conformità: «1. Quando l'attestazione di conformità prevista dalle disposizioni della presente sezione, dal codice di procedura civile e dall'articolo 3-bis, comma 2, della legge 21 gennaio 1994, n. 53, si riferisce ad una copia analogica, l'attestazione stessa è apposta in calce o a margine della copia o su foglio separato, che sia però congiunto materialmente alla medesima. 2. Quando l'attestazione di conformità si riferisce ad una copia informatica, l'attestazione stessa è apposta nel medesimo documento informatico. 3. Nel caso previsto dal comma 2, l'attestazione di conformità può alternativamente essere apposta su un documento informatico separato e contenente l'indicazione dei dati essenziali per individuare univocamente la copia a cui si riferisce; il predetto documento è allegato al messaggio di posta elettronica certificata mediante il quale la copia stessa è depositata telematicamente. Se la copia informatica è destinata alla notifica, l'attestazione di conformità è inserita nella relazione di notificazione».

Il legislatore distingue quindi il caso in cui l'attestazione di conformità sia da apporre sul documento medesimo, dal caso in cui la stessa vada apposta su un separato documento informatico; l'apposizione dell'attestazione di conformità può altresì essere apposta su separato documento informativo, purché contenente l'indicazione dei dati essenziali che consentano

una individuazione univoca della copia di riferimento (anche perché, come desumibile dalla prassi, un indice di tale corrispondenza discende dalla circostanza che la copia del documento e la correlata attestazione provengono dal medesimo messaggio di posta elettronica certificata, in un *unicum* che non dovrebbe lasciare aperta la strada a dubbi od eccezioni processuali).

Infine, ove si tratti di attestazione di copia funzionale all'effettuazione di una notifica, essa andrà inserita direttamente nel corpo della relazione di notificazione.

3. Ulteriori interventi sul processo amministrativo

Il decreto legge n. 90/2014, già oggetto di numerosi interventi nell'ambito dell'economia complessiva della novella del 2015, subisce un ulteriore *restyling* anche con riguardo al processo amministrativo laddove, in prima battuta, l'abrogazione dei commi 1, 1-*bis* e 2 dell'art. 18 precludono – salvo modifiche in sede di conversione – al superamento della soppressione delle sezioni staccate di tribunale amministrativo regionale aventi sede in comuni che non sono sedi di corte d'appello. In assenza dell'intervento d'urgenza, a partire dal 1 luglio 2015 sarebbero infatti state soppresse le sezioni staccate di TAR di Parma, Pescara e Latina.

Viene infine posticipato al 1 gennaio 2016, a causa della mancata pubblicazione delle regole tecniche, il momento di entrata in vigore del comma 2-*bis* dell'articolo 136 del Codice del Processo Amministrativo, a mente del quale «Tutti gli atti e i provvedimenti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici giudiziari e delle parti sono sottoscritti con firma digitale»; come è dato leggere dalla Relazione Illustrativa, «la posticipazione dell'entrata in vigore del predetto obbligo è discesa dalla riscontrata opportunità che la sottoscrizione digitale si inserisca nel contesto di una complessiva informatizzazione del processo amministrativo, in corso di normazione ed in assenza della quale non sarebbe possibile garantire la funzionalità della firma digitale alla redazione degli atti del processo».

4. Si parte subito

Le nuove norme entrano in vigore immediatamente, giacché l'art. 24 del decreto legge in commento ne stabilisce la vigenza al giorno della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (27 giugno 2015); con una scelta di campo non solo simbolica ma eminentemente operativa, il Governo mostra di intervenire senza soluzione di continuità rispetto al battesimo del fuoco del 30 giugno 2015, *dies a quo* della vigenza dell'obbligo di deposito telematico nei giudizi pendenti innanzi alle Corti d'Appello. L'immediata applicazione delle nuove regole, tuttavia, imporrà un rapido mutamento organizzativo della classe forense in prima battuta, chiamata a relazionarsi ulteriormente con il nuovo strumento per abbatte le criticità e sfruttare le enormi potenzialità.

Un'implementazione delle risorse fisiche, ormai ineludibile per fronteggiare gli attuali livelli di impegno ed abbattere l'arretrato, appare un traguardo non più lontano, in quanto l'art. 21 del decreto legge n. 83/2015 consente al Ministero della Giustizia, in aggiunta alle procedure di cui alla legge n. 190/2014 (art. 1.425), la facoltà di acquisire, a valere sul fondo istituito ai sensi del comma 96, un contingente massimo di 2.000 unità di personale amministrativo proveniente dagli enti di area vasta, da inquadrare nel ruolo dell'amministrazione giudiziaria.

Tuttavia, sempre che non si intervenga in sede di conversione, il decreto legge in commento sembra aver perso una buona occasione per rispondere ad un'esigenza di *concinnitas* che il Consiglio Superiore della Magistratura, nella surrichiamata delibera del 13 maggio, aveva manifestato a gran voce, peraltro sulla scorta di quanto già previsto nel Codice del Processo Amministrativo: «Nell'ambito dei rapporti fra il PCT e le norme processuali, in una prospettiva de iure condendo, urge adeguare l'ordito normativo alle mutate esigenze conseguenti all'implementazione del processo telematico, che poco tollera pratiche parassitarie ed abusive dello strumento processuale, così come non è compatibile con una inutile proliferazione degli scritti difensivi, che rende disagevole, non solo per il giudice, la ricerca a video delle istanze assertive e probatorie delle parti».

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Il riconoscimento del punteggio relativo al servizio militare di leva prestato dal docente non in costanza del rapporto di lavoro con il Ministero dell'Istruzione è materia di competenza del G.O. o del G.A.? Il servizio di leva prestato non in costanza di nomina va valutato anche con riguardo alle cc.dd. graduatorie ad esaurimento del personale della scuola? 210
di Elia Scafuri

DIRITTO PENALE

L'amministratore di società che acquista un bene mediante un negozio intercorso con una società intermedia risponde di appropriazione indebita? La "truffa societaria" e i limiti del diritto penale di impresa 214
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

A chi compete l'adozione del provvedimento di cd. acquisizione sanante *ex art. 42-bis* del D.P.R. dell'08.06.2001 n. 327? 217
di Francesco Maria Ricciardi



Diritto civile

Il riconoscimento del punteggio relativo al servizio militare di leva prestato dal docente non in costanza del rapporto di lavoro con il Ministero dell'Istruzione è materia di competenza del G.O. o del G.A.? Il servizio di leva prestato non in costanza di nomina va valutato anche con riguardo alle cc.dd. graduatorie ad esaurimento del personale della scuola?

La questione in esame trae origine da una recente sentenza della Corte di Appello di Napoli (n. 2077/2015) che, confermando *in toto* quanto statuito dal Giudice di prime cure, ha affermato il diritto dei docenti venutisi a trovare nelle cc.dd. graduatorie ad esaurimento del personale della scuola al riconoscimento del punteggio relativo al servizio militare obbligatorio prestato “non in costanza del rapporto di lavoro”, condannando il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca (d'ora in avanti, Miur) e l'Istituto scolastico al risarcimento dei danni da perdita di *chance* occorsi ai medesimi docenti.

La vicenda sottesa alla pronuncia che sarà analizzata a breve è di grande interesse e molto attuale.

Invero, negli ultimi anni l'ANIEF (Associazione Nazionale Insegnanti ed Educatori in Formazione) ha condotto una vera e propria “battaglia” sulla questione, sostenendo che non assegnare il giusto punteggio per il servizio di leva prestato non in costanza di nomina – ovvero non in costanza di rapporto di lavoro con il Miur – non permetta ai docenti di avanzare nelle cc.dd. graduatorie ad esaurimento: graduatorie da cui annualmente si attinge per il 50% delle immissioni in ruolo. In questo modo – ad avviso dell'associazione – si ritarda illegittimamente il momento dell'assunzione di quei docenti che essendosi sottoposti agli obblighi di leva non abbiano avuto la “buona sorte” di ottenere anche un concomitante incarico di insegnamento.

Tali asserzioni sono state condivise dalla giurisprudenza del lavoro in maniera pressoché unanime: numerose sono state le pronunce in tal senso (si vedano, *ex multis*: Cass. civ., sez. VI, sent. n. 29322/2011; Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 1997 n. 529; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2003 n. 2650; Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1453/2004; Cons. Stato, sez. VI, ord. coll. n. 4853/2009 e n. 1583/2009; T.a.r. Lazio, sez. III-bis, ord. n. 3497/2011, n. 1861/2012, sent. n.

3755/2011; Trib. Napoli, sez. lav., ord. n. 26429/2011; Trib. Napoli, sez. lav., sent. n. 12678/2012; Trib. Alba, sez. lav., n. 19/2013; Trib. Arezzo, sent. n. 275/2013; App. L'Aquila, sent. n. 841/2013).

Sulla stessa lunghezza d'onda è la recente sentenza della Corte di appello di Napoli (n. 2077/2015) che vale la pena analizzare. Tuttavia, un attimo prima di addentrarsi nella vicenda fattuale sottesa, è opportuno delineare il quadro delle norme in materia.

Occorre partire dall'art. 485 (Personale docente), comma 7, del d.lgs. n. 297/1994 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione), che reca: “Il periodo di servizio militare di leva o per richiamo e il servizio civile sostitutivo di quello di leva è valido a tutti gli effetti”.

La norma, che dispone la validità “a tutti gli effetti” del periodo di servizio militare, è collocata nella sezione IV del d.lgs. del 1994 attinente al “Riconoscimento del servizio agli effetti della carriera.

Antecedentemente al T.U. in materia di istruzione, la circostanza del riconoscimento del punteggio relativo al servizio di leva in pendenza del rapporto di lavoro con il Miur – circostanza che rileva nella specie – era già contemplata dalla legge speciale n. 958/1986 (Norme sul servizio militare di leva e sulla ferma di leva prolungata). Invero, l'articolo 20 della legge in esame recava: “Il servizio militare è valido a tutti gli effetti per l'inquadramento economico e per la determinazione dell'anzianità lavorativa ai fini del trattamento previdenziale del settore pubblico”.

La norma attribuiva senza dubbio valenza al servizio militare prestato dai lavoratori con riguardo ai due parametri dell'inquadramento economico e del trattamento previdenziale dei medesimi: parametri che presuppongono, com'è noto, la previa esistenza di un rapporto lavorativo.

Occorre osservare che l'articolo 20 citato è stato recentemente abrogato ad opera dell'art. 2268, comma 1, del d.lgs. n. 66/2010 e trasfuso nell'art. 7 della l. n. 421/1991, che al primo comma prevede: “Il servizio militare valutabile ai sensi dell'art. 20, L. 24 dicembre 1986, n. 958, è esclusivamente quello in corso alla data di entrata in vigore della predetta legge nonché quello prestato successivamente”. Tuttavia, il successivo articolo 22 (Sospensione del rapporto di lavoro), è stato sostituito dall'art. 77 del d.P.R. n. 237/1964

(Leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e nell'Aeronautica) che dispone, al comma 8: "Ai fini dell'ammissibilità e della valutazione dei titoli nei concorsi banditi dalle pubbliche amministrazioni è da considerarsi a tutti gli effetti il periodo di tempo trascorso come militare di leva o richiamato, in pendenza di rapporto di lavoro".

Ne deriva, dunque, che l'espressione "è valido a tutti gli effetti" riferita al servizio di leva di cui all'art. 485 del d.lgs. n. 297/94 – norma cronologicamente posteriore alla legge speciale sopracitata del 1986 (trasfusa nel d.lgs. n. 66/2010) che né espressamente, né tacitamente, ha abrogato la previgente disciplina in materia – non possa essere analogicamente estesa al momento della formazione delle graduatorie, essendo riferibile ai soli effetti della ricostruzione della carriera del lavoratore avendo quali specifici parametri, lo si ripete, l'inquadramento economico e la determinazione dell'anzianità lavorativa ai fini del trattamento previdenziale.

Diversamente, la formazione delle graduatorie interne dell'Istituto scolastico trova la propria disciplina nel Capo II (Reclutamento), Sezione II (Reclutamento del personale docente ed educativo) dello stesso T.U. in materia di istruzione del 1994. In particolare, come si può facilmente evincere dal dato testuale dell'art. 401 (Graduatorie permanenti) della stessa normativa, il servizio di leva non è minimamente contemplato tra i titoli di servizio valutabili ai fini della formazione delle graduatorie *de quibus*.

Delineato sommariamente il quadro normativo in materia, è ora possibile tornare la caso di specie guardando alle vicende processuali di primo e secondo grado inerenti alla controversia in esame.

Alcuni docenti di un Istituto scolastico beneventano convenivano in giudizio quest'ultimo e il Miur davanti al T.a.r. Lazio, affinché il Giudice amministrativo accertasse e dichiarasse, oltre al risarcimento dei danni da perdita di *chance*, "l'annullamento della tabella 1 annessa al Regolamento d.m. 13.06.2007 punto d 10 nella parte in cui prevede che il servizio militare di leva ed il servizio sostitutivo è interamente valutabile ove prestato in costanza di nomina". Invero, la tabella impugnata era stata elaborata dall'Istituto scolastico riportando pedissequamente quanto disposto nella tabella valutativa dei titoli per l'inclusione delle graduatorie di circolo e di istituto di III fascia, ovvero quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, del d.m. n. 44/2011 che reca – ai fini dell'aggiornamento biennale delle graduatorie ad esaurimento del personale della scuola – "...il servizio militare di leva ed i servizi sostitutivi assimilati per legge sono valutati solo se prestati in costanza di nomina..".

Con sentenza n. 9258/2011, il T.a.r. declinava la propria giurisdizione, dichiarando *in subiecta materia* la giurisdizione del Giudice Ordinario, in funzione del Giudice del Lavoro.

A seguito di *traslatio iudicii*, i ricorrenti adivano il Tribunale Ordinario di Benevento, sez. lavoro, per ivi sentir dichiarare la violazione e falsa applicazione dell'art. 485, comma 7, del d.lgs. n. 297/1994 (ordinamento scolastico), degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 3 e 7 della legge n. 241/1990 e, conseguentemente, la condanna delle Amministrazioni convenute al risarcimento dei danni da perdita di *chance* occorsi ai medesimi.

Il Tribunale giudicante accoglieva il ricorso con sentenza n. 1846/2013. In particolare, il Giudice di prime cure, partendo dalla premessa della "portata generale del comma 7 dell'art. 485 del d.lgs. 297/1994" – norma "non connotata da limitazioni di sorta e non suscettibile di deroga ad opera di norme di rango secondario, quali il d.m. 44/2011" – riteneva "che il riconoscimento del servizio militare deve necessariamente essere applicato anche alle graduatorie – e non solo ai fini della valutazione del servizio prestato agli effetti della carriera, una volta che il docente sia stato assunto in ruolo – onde evitare che chi ha compiuto il proprio dovere si trovi ingiustamente svantaggiato nelle procedure pubbliche selettive, nelle quali assumerebbero una posizione di vantaggio solo coloro che, per mero caso, abbiano prestato il servizio di leva proprio in concomitanza con un incarico di insegnamento. Diversamente opinando ne discenderebbe altresì una discriminazione tra personale precario di sesso maschile e femminile notoriamente escluso dall'obbligo di prestare il servizio militare. In tal senso la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di affermare che il servizio di leva effettuato dopo il conseguimento del titolo di studio, indispensabile per l'accesso all'insegnamento, è sempre oggetto di valutazione nelle relative graduatorie di insegnamento, in ragione del fatto che la sua prestazione obbligatoria può essere di ostacolo all'instaurazione del rapporto di servizio (Ne consegue che è illegittimo il d.m. n. 42 dell'8 aprile 2009, richiamato nella pronuncia "*ratione temporis*", ma con principio applicabile anche a quello in esame che utilizza all'art. 2 punto 6 la medesima formula, nella parte in cui dispone (art. 3 comma 5) che "il servizio militare di leva ed i servizi sostitutivi assimilati per legge sono valutati solo se prestati in costanza di nomina" T.a.r. Lazio, Roma 19.02.2010; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 02.07.2010 n. 16560".

Le Amministrazioni soccombenti impugnavano il suddetto provvedimento ed il Collegio giudicante, con sentenza n. 2077/2015, rigettava il gravame confermando la pronuncia di primo grado. Sulla scia di quanto affermato dal Giudice di prime cure, la Corte di Appello statuiva: "...il servizio militare di leva effettuato dopo il conseguimento del titolo di studio indispensabile per l'accesso all'insegnamento è sempre oggetto di valutazione nelle graduatorie di insegnamento in ragione del fatto che la sua prestazione obbligatoria poteva essere di ostacolo all'instaurazione

del rapporto di servizio. (...) La valutabilità del servizio militare è quindi comunque condizionata al fatto che esso debba essere stato effettuato dopo il conseguimento del titolo di studio (diploma o laurea) indispensabile all'accesso dell'insegnamento medesimo. (...) La portata generale del settimo comma dell'art. 485 d.lgs. 297/1994, che non è connotata da limitazioni di sorta, comporta che il riconoscimento del servizio debba necessariamente essere applicato anche alle graduatorie, onde evitare che chi ha compiuto il proprio dovere verso la nazione si trovi poi svantaggiato nelle procedure pubbliche selettive. Né l'assenza di specifici riferimenti al servizio militare nella L. 124/1999 e nella l. 143/2004 (di conversione del d.l. 97/2004) potrebbe far concludere per la sua non valutabilità, attesa la cogenza del disposto dell'art. 485, comma 7 del d.lgs. 297/1994, che nessuna norma di legge posteriore, nemmeno il d.lgs. n. 66/10, risulta avere abrogato. (...) Ne consegue, come ritenuto dal giudice di primo grado, l'illegittimità del decreto ministeriale n. 44 del 2011, nella parte in cui, all'art. 6, comma 6, prevede che il servizio di leva ed i servizi sostitutivi assimilati per legge siano valutabili solo se prestati in costanza di nomina."

In definitiva, le due pronunce brevemente esaminate hanno attribuito il punteggio relativo al servizio militare di leva prestato non in costanza di nomina ai docenti venutisi a trovare nelle cc.dd. graduatorie ad esaurimento dell'Istituto scolastico.

Sul punto, vale la pena analizzare la sentenza n. 422 del 2012 della Corte di appello di Milano, avente ad oggetto un caso del tutto analogo a quello di specie.

Invero, contrariamente a quanto recentemente affermato dalla giurisprudenza del lavoro finora citata, il Collegio milanese ha statuito che: "il d.d.g. del 16.03.2007 del 16.03.2007, nell'indicare i criteri da seguire per determinare i punteggi per la formazione della graduatoria di III fascia (art. 3), in base alla tabella di valutazione di cui al d.m. 15.03.2007 n. 27 ha stabilito al punto 5 che il servizio militare di leva ed i servizi sostitutivi possono essere valutati solo se prestati "in costanza di nomina." Nella specifica normativa relativa al personale insegnante la considerazione del periodo di servizio militare utile per il punteggio viene regolamentata dall'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994 che stabilisce, al comma 7, che "il periodo di servizio militare di leva o per richiamo e il servizio civile sostitutivo è valido a tutti gli effetti". Non specifica norma se tale periodo si riferisce al servizio prestato o meno in costanza di nomina, come invece precisa il d.d.g. ed il d.m. prima citati. Tuttavia ad avviso della Corte in base ad un'interpretazione sistematica della norma di legge non può che ritenersi che tale servizio debba considerarsi svolto non già prima di qualsiasi incarico di docenza, ma nel corso dello stesso o comunque successivamente all'atto di nomina. Ed infatti l'art. 485 del T.U. 297 del personale scolastico è inserito nella

sezione IV che disciplina il riconoscimento del servizio agli effetti della carriera, laddove per servizio non può che intendersi un'attività svolta nell'ambito di un periodo di tempo per il quale si era stati chiamati a svolgere l'attività di docenza. Non a caso tutte le altre valutazioni del servizio prestato – ai fini del riconoscimento della carriera e quindi anche della stabilizzazione oggetto di causa – riguardano periodi di docenza. Ed appare certamente ragionevole, altrimenti essendo discriminatorio, che colui che è temporaneamente assente dall'attività di docenza per assolvere all'obbligo di leva, non debba essere penalizzato nei confronti di colui o colei (qui non è questione di genere) che tale obbligo non ha dovuto assolvere. Che il riconoscimento sia incluso all'interno di un periodo in cui vi è stata la nomina può indirettamente ricavarsi anche dalle disposizioni di cui all'art. 489 (Periodi di servizio utili al riconoscimento), che al secondo comma precisa: "I periodi di congedo e di aspettativa retribuiti e quelli di gravidanza e puerperio sono considerati utili ai fini del computo del periodo richiesto per il riconoscimento". Si sono voluti regolamentare e riconoscere come utili per la progressione di carriera anche quei periodi di non insegnamento dovuti a diversi fattori. Non ostacola una siffatta interpretazione la locuzione usata dal comma 7 prima citato "valido a tutti gli effetti", perché tale indicazione è chiaramente riferita alla globalità degli effetti, tanto giuridici quanto economici, globalità che non è riconosciuta per tutte le ipotesi di valutazione dei vari periodi previsti nei diversi commi dell'art. 485 citato. L'interpretazione "restrittiva" e per questo ritenuta illegittima dall'odierno appellato, data dai provvedimenti amministrativi in esame è, pertanto pienamente legittima e rispondente alla ratio legislativa".

In altre parole, tramite un'interpretazione sistematica dell'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, la Corte è giunta ad affermare che l'espressione "è valido a tutti gli effetti" (relativa al servizio di leva) non dovrebbe essere applicata alle graduatorie interne (come nel caso di specie) – trattandosi di una dicitura che va applicata ai soli fini del riconoscimento della carriera – e il servizio di leva prestato da considerarsi quale titolo dovrebbe essere esclusivamente quello svolto nel corso dello stesso incarico di docenza, o, in ogni caso, successivamente all'atto di nomina: dunque non quello prestato prima dello stesso incarico.

Sulla base di tale *iter* logico il Collegio milanese è addivenuto a ritenere corretto non solo il dettato dell'art. 2, 6° comma, del d.m. n. 44/2011 (nella parte in cui prevede la valenza del servizio militare di leva con l'aggiunta del requisito dello svolgimento in costanza di servizio), ma altresì l'operato dell'Istituto scolastico che si era limitato a riportare pedissequamente tale disposto nella tabella valutativa dei titoli per l'inclusione nelle graduatorie di circolo e di istituto di III fascia.

Alla luce di tale pronuncia emerge come il Tribunale di Benevento in prima battuta, e la Corte di appello di Napoli in seguito non avrebbero tenuto conto della volontà del legislatore di escludere dall'attribuzione del punteggio il servizio militare non prestato in costanza del rapporto di lavoro. Ciò in quanto, a seguito dell'*iter* di conversione in legge del d.l. n. 97/2004, è stata espressamente soppressa dal testo definitivo della legge n. 143/2004 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, recante disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 130 del 5 giugno 2004) la lettera i) (di cui al previgente d.l.) che prevedeva l'attribuzione del punteggio per il servizio militare comunque prestato (lettera i: "Il servizio è valutato per una sola graduatoria permanente a scelta dell'interessato, purché prestato dopo il conseguimento del titolo di studio valido per l'accesso alla procedura abilitante o di idoneità relativa alla medesima graduatoria. Il servizio militare è interamente computato con iscrizione dei relativi periodi di prestazione ai corrispondenti anni scolastici").

Ad avviso del Collegio milanese, infatti, il legislatore avrebbe inteso operare una limitazione all'attribuzione del punteggio non in costanza di nomina fondata sulla necessità di evitare discriminazioni tra due categorie di soggetti:

- quelli che, pur avendo conseguito il titolo di studio valido per l'insegnamento, per adempiere ad un obbligo in costanza di nomina – ovvero al servizio di leva negli anni in cui quest'ultimo era obbligatorio – non abbiano avuto accesso immediato alle relative graduatorie;
- quelli che, invece, in quanto esonerati dal servizio di leva abbiano avuto immediato accesso alle suddette graduatorie.

In altre parole, il legislatore – con tale limitazione – avrebbe voluto rimediare alla circostanza per cui la prestazione obbligatoria del servizio di leva si configurava quale ostacolo all'instaurazione del rapporto di servizio con l'istituto scolastico.

La pronuncia in esame, *prima facie* condivisibile, è stata superata dalla suddetta sentenza della Corte di appello di Napoli (n. 2077/2015), che nell'addivenire alla risoluzione della controversia sopra descritta – è giunta ad affermare che:

la giurisdizione in materia spetta al Giudice ordinario, secondo quanto statuito dalla Corte di Cassazione ("In tema di pubblico impiego contrattualizzato, la controversia promossa per l'accertamento del diritto di modificare le graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola di cui all'art. 1, comma 605, lett. e), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) mediante l'attribuzione dei punteggi aggiuntivi maturati e già riconosciuti in altre analoghe graduatorie (...) appartengono alla giurisdizione ordi-

naria, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art.5, comma secondo, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) a fronte dei quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione". Cfr: Cass., sez. un., n. 22805/2010). Ciò in quanto le cc.dd. "graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola, non costituiscono l'esito di un concorso pubblico in senso stretto, ma sono un elenco nel quale collocare i soggetti muniti dei titoli necessari e dai quali attingere per il reclutamento del personale in attesa dell'immissione in ruolo; da qui infatti la giurisdizione del giudice ordinario, mentre se si trattasse di procedura concorsuale, la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo" (cfr. App. Napoli n. 2077/2015);

il riconoscimento del servizio militare dev'essere applicato non solo ai fini della valutazione del servizio militare prestato agli effetti della carriera una volta che il docente sia stato assunto in ruolo, ma anche alle cc.dd. graduatorie ad esaurimento. Ciò onde evitare che quanti abbiano compiuto il proprio dovere si trovino ingiustamente svantaggiati nelle procedure pubbliche selettive, nelle quali assumerebbero una posizione di vantaggio solo coloro che, per mero caso, abbiano prestato il servizio di leva proprio in concomitanza con un incarico di insegnamento;

rispetto alla disciplina del comma 7 dell'articolo 485 del d.lgs. n. 297/1994, la disciplina in contestazione di cui al comma 6 dell'articolo 2 del d.m. n. 44 del 2011 (che ai fini dell'aggiornamento biennale delle graduatorie ad esaurimento del personale della scuola prevede, invece, che il servizio militare di leva e i servizi sostitutivi assimilati sono valutati solo se prestati in costanza di servizio), costituisce una disposizione applicativa che non può derogare ai principi stabiliti dalla normativa del decreto legislativo in quanto ad essa sottordinata. Ciò in quanto lo stesso d.m. 44/2011 opera un richiamo al d.lgs. n. 297/1944.

Concludendo, ad onta della interessante voce fuori dal coro rappresentata dalla pronuncia del Collegio milanese, la giurisprudenza del lavoro ha affermato il diritto dei docenti venutisi a trovare nelle cc.dd. graduatorie ad esaurimento del personale della scuola al riconoscimento del punteggio relativo al servizio militare obbligatorio prestato "non in costanza del rapporto di lavoro" con il Miur.

Ciò al fine di evitare delle ingiustificate discriminazioni ai sensi dell'art. 3 Cost. – imprescindibile baluardo del sistema – tra i docenti che si siano prestati agli obblighi di leva non in concomitanza con un incarico di docenza e quelli che abbiano invece avuto "la buona sorte" di prestare il servizio militare in costanza di nomina.

Diritto penale

L'amministratore di società che acquista un bene mediante un negozio intercorso con una società intermedia risponde di appropriazione indebita? La "truffa societaria" e i limiti del diritto penale di impresa.

La questione in esame trae spunto dalla sentenza del Tribunale di Salerno, 29 maggio 2014, Giud. Berni Canani, la quale esclude la responsabilità dell'amministratore di fatto di una società che, attraverso un negozio intercorso con una società intermedia, finisce per acquistare beni di un primo ente di cui era amministratore di diritto. L'interposizione reale di un terzo soggetto giuridico e la congruità economica delle operazioni negoziali oggetto di contestazione escludono la riconducibilità del fatto all'art. 646 c.p. e aprono la strada all'applicabilità della truffa, entro i limiti di garanzia tracciati dal principio di correlazione tra imputazione e sentenza. Plurimi i punti rilevanti della sentenza, tutti accomunati dalla corretta definizione del ruolo che il concetto di interesse sociale svolge nei reati che reprimono gli abusi degli amministratori.

Nello specifico, L.A., quale amministratore della "L. e M." S.r.l. alienava a titolo oneroso alcuni beni aziendali alla "M." S.r.l., la quale a sua volta alienava i medesimi beni alla "P. R." S.r.l. il cui socio di fatto era proprio lo stesso L.A.

La fattispecie a formazione progressiva *supra* descritta configura, secondo il giudicante, un'ipotesi di interposizione fittizia reale e non di persone.

Il giudice ha ritenuto che l'esistenza di un'interposizione reale di una società rendesse inadeguata la fattispecie contestata all'imputato, ossia quella di cui all'art. 646 c.p.; applicabile sarebbe stata quella della truffa, poi in concreto non spendibile in quanto il principio di cui all'art. 521 c.p.p., imponendo una correlazione tra imputazione e sentenza, sarebbe stato ostativo al mutamento della qualificazione giuridica del fatto.

Ciò che pare, allora, imprescindibile è la preliminare verifica fattuale volta a comprendere se in via mediata, cioè attraverso un negozio con un terzo interposto, un bene venga fatto fuoriuscire dalla disponibilità dell'ente per entrare in quella della persona fisica dell'esponente aziendale o di soggetti a lui vicini,

senza che al contempo venga fornita una reale contropartita economica.

Bisogna, quindi, esaminare la nozione di interposizione per comprendere quale significato essa assuma nell'ambito delle operazioni di impresa.

L'interposizione è, come noto, il modello strutturale "elementare" delle operazioni appropriative nella grande impresa e nei gruppi societari, pur potendo essere implementata, seppure in modo rudimentale, anche negli enti di piccole dimensioni; essa può assumere forme cangianti, diluendosi in triangolazioni societarie che comportano operazioni incrociate, anche corredate dalla costituzione di società *ad hoc* collocate in ordinamenti a fiscalità privilegiata (o sfruttamento di entità societarie preesistenti).

Ebbene, come detto, il giudice ha ritenuto trattarsi, nel caso di specie, di una interposizione reale.

La differenza fra interposizione fittizia di persona e interposizione reale non consta, infatti, nella partecipazione o meno del terzo contraente all'accordo che ha portato alla sostituzione dell'interposto all'interponente, ma nel concreto atteggiarsi della volontà degli interessati. Ciò in quanto «nella simulazione fittizia l'interposto figura soltanto come acquirente, mentre gli effetti del negozio si producono a favore dell'interponente, e ricorre un'ipotesi di interposizione reale nel caso in cui non vi sia un accordo simulatorio o perché interponente ed interposto vogliono veramente far ricadere nella sfera giuridica dell'interposto gli effetti del contratto stipulato col terzo o perché è proprio il terzo a rifiutare la proposta dell'interponente ed a pretendere ed ottenere di contrattare in via diretta con un altro soggetto interposto» (Cass. civ., sez. I, 10 aprile 2013 n. 8682).

Tanto chiarito, è bene ricordare che l'art. 646 c.p., comma 1, dispone che «chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1.032».

Tradizionalmente, si ritiene che per aversi appropriazione, nel significato tipico della fattispecie in esame, sia necessario che il soggetto agente si comporti, nei confronti del denaro o della cosa mobile altrui di cui ha il possesso, *uti dominus*, cioè come se ne fos-

se il proprietario e, quindi, oltrepassando le facoltà di disposizione del bene consentitegli dal titolo in virtù del quale lo possiede. C'è anche chi distingue, all'interno dell'appropriazione, tra il momento negativo dell'espropriazione dell'avente diritto, intesa quale esclusione definitiva dalla proprietà, e quello positivo dell'impropriazione dell'agente, interpretata come immissione nel proprio patrimonio. Si parla anche, per esprimere sostanzialmente lo stesso concetto, di interversione del possesso – richiamando così la rubrica dell'art. 1164 c.c. – dato che si ha una sorta di trasformazione (illecita) del possesso in proprietà.

Appare chiaro, allora, che la condotta tipica prevista nella parte precettiva dell'art. 646 c.p. consta nella appropriazione, vale a dire in un comportamento che riveli la volontà dell'agente di comportarsi nei confronti della cosa come se ne fosse il proprietario, realizzando quella *interversio possessionis* che rappresenta la caratteristica primaria del fatto tipico previsto dalla norma come delitto.

Questo non significa naturalmente che il soggetto diventa realmente proprietario, il che sarebbe giuridicamente inammissibile, ma solo che si comporta come se lo fosse. Evidentemente, in quel momento, il possessore è ispirato da un *animus domini* la cui concreta manifestazione costituisce proprio la condotta appropriativa.

Anche se la legge non le individua esplicitamente, si reputa che forme caratteristiche di manifestazione di tale *animus* siano – in linea di massima – la consumazione, l'alienazione (sia a titolo oneroso che gratuito), la ritenzione e la distrazione.

Per giurisprudenza costante, il momento nel quale il reato si consuma coincide con l'interversione del possesso che, detto in altri termini, è il momento nel quale il soggetto agente compie sul bene l'atto di dominio (consumazione, alienazione, ritenzione, ecc.) con la volontà di trattenerlo come proprio (cfr. Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 2015, n. 1670; Cass. pen., sez. V, 26 maggio 2014, n. 46475).

Va, però, precisato che l'alienazione è, tuttavia, *ex se* insufficiente ad integrare una appropriazione (ben potendo essa essere dovuta ad un adempimento contrattuale di matrice squisitamente civilistica), essendo invece necessario che tale compravendita sia accompagnata da comportamenti e circostanze ulteriori che siano idonee a trasformarla in una condotta che dimostri in maniera univoca la volontà del mero possessore di far propria la cosa.

Opinando diversamente, infatti, si finirebbe per trasformare in reato quello che è un doveroso adempimento civilistico, dimenticando che la tutela penalistica quale *extrema ratio* deve avere una propria ragione d'essere connessa ad un più accentuato disvalore del fatto punibile.

Fuor di dubbio che, per integrare l'art. 646 c.p., la situazione possessoria in capo all'autore del fatto deb-

ba sempre precedere l'atto di appropriazione e debba essere accompagnata da un titolo che legittimi la disponibilità bene.

Proprio la necessaria liceità penale del titolo del possesso conduce a qualificare l'acquisizione artificiosa del bene o dell'utilità non come indebita appropriazione, ma appunto come truffa (cfr. Cass. pen., sez. II, 18 giugno 2013, n. 35798).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che quand'anche l'atto di disposizione patrimoniale sia posto in essere dall'amministratore di una società che sia anche complice del reato, è configurabile il delitto di truffa in quanto sono ingannati gli organi della società. Infatti per conseguire il suo effetto e quindi compiutamente integrare il danno alla società, l'atto di disposizione patrimoniale soggiace al controllo degli organi societari (consiglio di amministrazione, collegio sindacale, collegio dei revisori e assemblea dei soci).

In assenza di artifici o raggiri gli organi societari potrebbero intervenire, revocando l'amministratore e l'atto di disposizione patrimoniale.

Non si può quindi ricondurre tali condotte alla diversa ipotesi dell'appropriazione indebita o dell'infedeltà patrimoniale, giacché intanto si può compiere l'atto di disposizione patrimoniale solo inducendo in errore gli organi sociali.

Infatti, *a fortiori*, è stato affermato che «ricorre il reato di truffa e non quello di peculato nel fatto del dirigente di banca, che attraverso artifici e raggiri, consistenti in false certificazioni o artificiose registrazioni, inducendo in errore gli altri organi della banca, venga in possesso di danaro, giacché il possesso – per ragioni di ufficio –, idoneo a configurare il peculato, non deve essere viziato da frode» (Cass. pen., sez. II, 15 aprile 1978 n. 4486).

Il delitto di appropriazione indebita consiste nella semplice interversione del titolo del possesso da parte di chi, a qualsiasi titolo, detenga danaro o cosa mobile altrui. Non sussistono quindi gli estremi del reato di cui all'art. 646 c.p., bensì quelli della truffa, allorché l'amministratore di una società di capitali si impossessi del denaro appartenente alla stessa attraverso una serie di passaggi contabili, di atti e di convenzioni, volti, non solo ad assicurarsi il frutto del reato, ma a fare apparire regolari i trasferimenti" (Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 1999 n. 363).

Non può sottacersi che nell'*iter criminis* della truffa, l'induzione in errore impone la presenza di un soggetto passivo che cada in un inganno e compia poi un atto di disposizione patrimoniale.

Tuttavia, accade assai di frequente, in contesti societari, che l'inganno segua l'atto di disposizione patrimoniale dell'amministratore anziché precederlo quale sua causa e che l'artificio o raggirio non siano diretti al soggetto che deve compiere l'atto dispositivo.

Ebbene, ritornando al caso di specie, il giudice si è doverosamente interrogato sulla possibilità di riquali-

ficazione d'ufficio del fatto dal reato di appropriazione indebita previsto dall'art. 646 c.p. al più astrattamente consono delitto di truffa previsto dall'art. 640 c.p., apparendo il complicato meccanismo di interposizione reale, imbastito dall'amministratore di fatto della "P. R." S.r.l. – e intuitivamente vero *dominus* della fattispecie –, più propriamente sussumibile nell'atto tipico di artificio o di raggio che nella qualificazione di *interversio possessionis* proposta dal P.M.

Purtuttavia, il giudicante ha rilevato come tale riqualificazione dall'ipotesi originaria di appropriazione indebita suggerita dal P.M. nel reato previsto dall'art. 640 c.p. fosse preclusa, poiché la determinante assenza, nella struttura precettiva dell'appropriazione indebita, dell'elemento costitutivo oggettivo della fattispecie criminosa rappresentato dall'induzione in errore determinerebbe inevitabilmente – nell'eventualità di una sentenza declaratoria della responsabilità penale per il delitto di truffa – una trasformazione tale negli elementi essenziali del fatto tipico da precipitare sulla primitiva conformazione dell'ipotesi di reato formulata dal P.M., affettandola in maniera tale da riflettersi negativamente sul diritto di difesa costituzionalmente garantito all'imputato.

Tirando le somme, si deve constatare come il c.d. diritto penale di impesa sia ben lungi dall'aver trova-

to una concreta dimensione applicativa. Nel caso in esame, se, da un lato, non risulta applicabile il reato di cui all'art. 646 c.p. attesa la legittimità dell'alienazione quale adempimento contrattuale, dall'altro non sussistono i presupposti per sussumere la fattispecie nell'art. 640 c.p. in quanto, come sopra specificato, nei contesti societari – anche di modeste dimensioni – l'inganno richiesto dalla norma penale non precede l'atto dispositivo, ma lo segue.

In siffatto contesto, allora, il diritto penale di impesa mostra tutti i suoi limiti.

Allora, ciò che è dato rilevare, in ultima analisi, è la "sostanzializzazione" (forzosa) di un principio processuale, chiamato a regolare il caotico interpellato delle norme penali al cospetto di una fattispecie concreta. L'art. 521 c.p.p., di fronte alla convergenza di plurime incriminazioni, tutte separate tra loro da cedevoli concetti normativi (induzione, appropriazione, conflitto di interessi ecc.), mantiene vivo un vincolo di garanzia.

Pur di fronte a costanti tentativi di dilatazione concettuale del significato normativo di questo o quell'elemento di fattispecie, rimane pur sempre il fatto storico, ribelle a ogni peripezia interpretativa, a segnare il confine del giuridicamente possibile.

Francesco Maria Ricciardi
Dottore magistrale in Giurisprudenza

Diritto amministrativo

A chi compete l'adozione del provvedimento di cd. acquisizione sanante ex art. 42-bis del D.P.R. dell'08.06.2001 n. 327?

Il 29 gennaio 2015 la sezione IV del Consiglio di Stato, con sentenza n. 437, si è pronunciata su una questione attinente all'accertamento dell'illegittima occupazione ed irreversibile trasformazione di aree espropriabili, rilevante ai fini dell'adozione del provvedimento ex art. 42-bis, d.P.R. 08.06.2001 n. 327.

La vicenda processuale vagliata dalla Suprema Assise della giustizia amministrativa vedeva contrapposti la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nelle figure del Commissario Delegato per l'Emergenza Rifiuti per la Regione Campania e del Capo Dipartimento per la Protezione Civile, la Provincia di Caserta ed i proprietari di un fondo, sito nel Comune di Caserta, parzialmente destinato all'esercizio di un'attività di discarica.

Per porre rimedio all'emergenza rifiuti in Campania, il Commissario Delegato ex l. n. 290/2006 aveva approvato il Progetto preliminare di adeguamento del sito, disponendo l'occupazione temporanea di alcune particelle del fondo in questione. Nell'ordinanza commissariale era stato fissato in cinque anni il termine per l'adozione del decreto di esproprio. Successivamente, era stato approvato anche il Progetto definitivo di adeguamento, disponendo l'occupazione delle medesime aree.

Il decreto di esproprio non è mai intervenuto. Tale circostanza ha comportato, ex art. 13, d.P.R. cit., la perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità e, di conseguenza, l'illegittimità del protrarsi dell'occupazione dell'area *de qua* da parte della P.A. procedente. Per tali motivi, i proprietari hanno adito il T.a.r. di Napoli, lamentando la violazione degli artt. 42-bis e 13 del d.P.R. cit., nonché degli artt. 3, 42 e 97 Cost., reclamando il risarcimento del danno.

Nel giudizio di merito di primo grado, è risultata pacifica ed incontestata la mancata adozione del decreto di esproprio nei termini di legge dopo che, con ordinanza commissariale, era stata disposta l'occupazione delle aree in esame. Il ricorso iniziale è stato dunque ritenuto fondato, in maniera assorbente, sotto il profilo dell'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Avverso la sentenza di primo grado, l'Amministrazione soccombente ha proposto un'articolata critica all'analisi del Giudice di prime cure, chiedendo la riforma del suo *decisum*. In particolare, ha obiettato che non perteneva alla Gestione Commissariale (e quindi alla Presidenza del Consiglio) il compito di emettere l'eventuale decreto ex art. 42-bis, d.P.R. cit., poiché lo stato di emergenza era cessato il 31.12.2009 e le competenze del servizio gestorio dei rifiuti erano state restituite alle Province della Regione Campania. Il *petitum* restitutorio articolato nei confronti della Gestione Commissariale era dunque da ritenersi inammissibile, in quanto tale potere/dovere perteneva alla provincia di Caserta.

La controversia posta all'attenzione del Consiglio di Stato richiedeva un previo esame di alcune questioni preliminari, che assumevano portata pregiudiziale in punto di perimetrazione *soggettiva*, attraverso l'individuazione del novero dei soggetti tenuti a partecipare al processo pendente.

Al riguardo, i Giudici di palazzo Spada hanno ritenuto di poter affrontare le doglianze formulate dagli originari ricorrenti con appello incidentale, in merito all'estromissione dal giudizio di primo grado del Comune di Caserta congiuntamente ai rilievi sollevati nell'appello principale dall'Amministrazione soccombente circa la supposta competenza ad emanare il provvedimento ex art. 42-bis del Testo Unico Espropriazioni in capo alla Provincia di Caserta.

Per meglio comprendere il ragionamento seguito dal decidente, si riproduce il disposto della predetta norma, rubricata "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico": «1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. 2. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di

un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo. 3. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma. 4. Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2. 5. Se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene. 6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei

trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia. 7. L'autorità che emana il provvedimento di acquisizione di cui al presente articolo ne dà comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale. 8. Le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo».

L'articolo detta la complessa disciplina della cd. acquisizione sanante ed è stato introdotto dall'art. 34, d.l. 06.07.2011, n. 98, convertito con modificazioni nella L. 15.07.2011, n. 111, per colmare il vuoto normativo lasciato dalla declaratoria di incostituzionalità del previgente art. 43, il quale stabiliva quanto segue: «1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni. 2. L'atto di acquisizione: a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio; b) dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, indicando, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata; c) determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta; d) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili; e) comporta il passaggio del diritto di proprietà; f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari; g) è trasmesso all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2. 3. Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo. 4. Qualora il giudice amministrativo abbia escluso la restituzione del bene senza limiti di tempo ed abbia disposto la condanna al risarcimento del danno, l'autorità che ha disposto l'occupazione dell'area emana l'atto di acquisizione, dando atto dell'avvenuto risarcimento del danno. Il decreto è trascritto nei registri immobiliari, a cura e spese della medesima autorità. 5. Le disposizioni di

cui ai precedenti commi si applicano, in quanto compatibili, anche quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata nonché quando sia imposta una servitù di diritto privato o di diritto pubblico ed il bene continui ad essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale. 6. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, nei casi previsti nei precedenti commi il risarcimento del danno è determinato: a) nella misura corrispondente al valore del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7; b) col computo degli interessi moratori, a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo. 6-bis. Ai sensi dell'articolo 3 della legge 1 agosto 2002, n. 166, l'autorità espropriante può procedere, ai sensi dei commi precedenti, disponendo, con oneri di esproprio a carico dei soggetti beneficiari, l'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio di soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono, anche in base alla legge, servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua, energia».

Tale ultima disposizione era stata emanata per superare le censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'istituto dell'accessione invertita, di elaborazione giurisprudenziale, ritenuto un'anomalia giuridica del nostro ordinamento, delineante un modo atipico di acquisto a titolo originario della proprietà con effetti sostanzialmente espropriativi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sovente ritenuto il suddetto istituto contrario all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Più segnatamente, per il Giudice europeo, l'agire ablatorio del soggetto pubblico, che incide sulla proprietà privata, deve postulare la ricorrenza di una "causa di pubblica utilità" nonché l'esistenza di «norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili» (v. CEDU, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 233, n. 55. Cfr., altresì, CEDU, II, 30 ottobre 2003, causa n. 31524/96, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, in *Corr. giur.*, 2004, 731. *Contra* CEDU, 7 agosto 1996, Zubani c. Italia, in *Urb. e app.*, 1998, 101). Di qui la necessità che l'esercizio della potestà ablatoria assicuri «un «equo bilanciamento» tra le esigenze della collettività e quelle della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo», donde l'illegittimità di un agire che sottragga la proprietà al privato, dando rilevanza al «fatto compiuto» così da consentire all'amministrazione «di trarre beneficio da una situazione illegale» (CEDU, 30 maggio 2000, cit., n. 59). La fattispecie dell'accessione invertita, per la Corte europea, rifletteva un'ipotesi di occupazione *sine titulo*, inidonea a determinare quegli effetti estintivo-appropriativi derivanti, in via istantanea, dall'irreversibile trasformazione del bene. Per tal motivo, si è affermato che «la migliore forma di riparazione» vada rinvenuta «nella restituzione del terreno da parte dello Stato, oltre un indennizzo per i danni materiali» (CEDU, 30 maggio 2000, cit., n. 59. Cfr., inoltre, CEDU, 31 ottobre 1995, Papamichalopoulos e altri c. Grecia, in *Foro it.*, Rep. 1997, Diritti civili e politici, n. 38).

Nel tentativo di recepire i moniti sovranazionali, con il poc'anzi menzionato articolo 43 il legislatore nostrano aveva inteso sancire, ai fini della traslazione del diritto di proprietà, il superamento della rilevanza del fatto in ragione della necessità dell'atto. La norma, infatti, disciplinava un processo di acquisizione che si espletava tramite atto; essa riconosceva all'amministrazione il potere di acquisire al patrimonio pubblico un bene occupato e modificato in assenza del titolo, previa, però, adozione di un formale atto di acquisizione, con il quale valutare gli interessi in conflitto e ristorare i danni al privato. Tale potere acquisitivo, esprimendo un valore sanante dell'illegittimità della procedura espropriativa, non solo assumeva natura eccezionale – non potendosi ridurre a mera soluzione alternativa alla procedura ordinaria – ma andava anche esercitato con particolare rigore, trovando giustificazione proprio nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico, posto a raffronto con l'interesse privato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 29 aprile 2005, n. 2).

In tal modo, l'atto amministrativo è divenuto l'unico titolo idoneo a costituire il diritto di proprietà in capo all'amministrazione, prevedendo in ogni caso per il privato il diritto al ristoro integrale, cioè al risarcimento del danno.

Si è allora giunti a sostenere che, a fronte di una illegittima procedura espropriativa ma in presenza della realizzazione di un'opera pubblica, l'unico rimedio esperibile, onde scongiurare la restituzione dell'area, sia l'adozione di un legittimo atto di acquisizione, in assenza del quale l'amministrazione potrebbe addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva o impedimento alla restituzione: «la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto» (Cons. Stato, Ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2).

Nonostante l'art. 43 cit. offrisse un maggiore rispetto delle esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto, e fosse alquanto in sintonia con i parametri fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quest'ultima ha persistito nella propria ostilità, considerando la disposizione comunque inidonea ad assicurare regole «sufficientemente accessibili, precise e prevedibili», poiché permaneva, quale presupposto dell'intera disciplina da essa fissata, un fatto

contrario all'ordinamento, senza peraltro contemplare la garanzia di un giusto ristoro al danneggiato. In altri termini, l'acquisizione sanante – nell'interpretazione del Giudice sovranazionale – altro non era che una sorta di ratifica *ex lege* di una espropriazione sostanziale (Cfr. CEDU, Acciardi e Campania c. Italia, 19 maggio 2005; CEDU, Izzo c. Italia, 2 marzo 2006; CEDU, Zaffuto c. Italia, 13 luglio 2006; CEDU, Sciarrotta c. Italia, 12 gennaio 2006).

Non minori perplessità hanno alimentato i dibattiti degli operatori del settore, consapevoli del fatto che la norma, nata per regolare l'eccezionalità, avrebbe invece avuto applicazione seriale. Il problema maggiore derivava dal fatto che l'articolo 43, sintetizzando la precedente giurisprudenza in materia di occupazione cd. "appropriativa" (cioè di una procedura espropriativa iniziata validamente, ma proseguita in mancanza di validi titoli) e di occupazione cd. "usurpativa" (dove sin dall'inizio l'appropriazione del bene non è stata assistita da legittimi titoli), consentiva all'Autorità Espropriante di acquisire la proprietà o anche il diritto di servitù sull'immobile, previa corresponsione di un ristoro economico, semplicemente dimostrando l'avvenuta irreversibile trasformazione dell'immobile ad uso pubblico e la necessità di acquisirne la titolarità per completare o realizzare un'opera pubblica.

I dubbi nascenti dall'utilizzo frequente della norma hanno spinto il T.a.r. Campania a portare le problematiche appena evidenziate all'esame della Consulta, la quale, con sentenza 8 ottobre, 2010, n. 293, è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43. È interessante notare che, nonostante la profonda ed attenta esposizione delle molteplici motivazioni per cui il Tribunale rimettente sosteneva l'illegittimità dell'articolo, la Corte Costituzionale si è concentrata su un'eccezione di natura procedimentale, ritenendo fatale l'argomento della mancanza della riserva di legge e dell'eccesso di delega, in violazione dell'art. 76 Cost.: «(l)a legge delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vigenti». L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale. (...) Alla stregua dei rilievi svolti, va dichiarata illegittimità costituzionale dell'intero art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001, poiché la disciplina inerente all'acquisizione del diritto di servitù, di cui al comma 6-*bis*, appare strettamente ed inscindibilmente connessa con gli altri commi, sia per espresso rinvio alle norme fatte oggetto di censura, sia perché ne presuppone l'applicazione e ne disciplina ulteriori sviluppi applicativi (cfr. sentenza n. 18 del 2009)».

Espunto dall'ordinamento l'articolo 43, con effetti immediati e retroattivi, per ovviare all'eccesso di delega e non relegare nel limbo regolatorio le procedure già avviate, è stato introdotto nel *corpus* del d.P.R. 327/2001 l'articolo 42-*bis*, il quale persegue le medesime finalità del vecchio art. 43, con alcune novità previsionali (cfr. E. GIARDINO, *Dall'accessione invertita all'acquisizione provvedimentoale*, *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 10, p. 968).

Alla nuova disposizione è stato ricondotto un ambito più ampio di applicazione: essa, infatti, sarà invocabile non solo laddove vi sia l'assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, quanto altresì nelle ipotesi in cui sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera ovvero il decreto di esproprio.

All'atto di acquisizione è adesso espressamente ascritta natura provvedimentoale, con efficacia non retroattiva: l'acquisto della proprietà avviene *ex nunc*, dunque quando l'Amministrazione emana il provvedimento di esproprio, senza possibilità di far retroagire gli effetti dell'acquisto ad un momento precedente. Detto provvedimento può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti della procedura ablatoria, purché l'Amministrazione procedente, in autotutela, abbia disposto il ritiro dei medesimi. La circostanza che la P.A. possa ora provvedere in autotutela rende superflua la pronuncia del giudice, diversamente dal regime previgente, nel quale si contemplava unicamente un *iter* esaurienti con il provvedimento giudiziale.

Viene inoltre corroborato il tratto motivazionale del provvedimento acquisitivo, imponendo all'amministrazione di assolvere ad un analitico onere, articolato in più punti.

Devono essere dimostrate le eccezionali ragioni di interesse pubblico, la loro prevalenza rispetto all'interesse vantato dal privato e, soprattutto, la mancanza di ipotesi alternative all'adozione del provvedimento di acquisizione. Ne esce così rafforzata la tutela procedimentale del privato, cui viene riconosciuta un'effettiva potestà di controllo sulla decisione dell'Amministrazione e sulle ragioni a suo fondamento, escludendo che la stessa possa, come in passato, limitarsi ad invocare, con una mera clausola di stile, la prevalenza dell'interesse pubblico all'esito di un sommario bilanciamento delle contrapposte ragioni, ove di questo interesse presunto non si sia fornita la prova dell'eccezionalità, tale da giustificare una limitazione atipica della proprietà privata. A ben vedere, nemmeno il requisito oggettivo della eccezionalità è di per sé idoneo a comprimere legittimamente il diritto dominicale del privato, qualora emergano ragionevoli alternative all'adozione del provvedimento di acquisizione, le quali possono essere suggerite proprio dal privato, in sede di dialogo proce-

dimentale. L'espropriando diviene in tal modo titolare di un diritto alla partecipazione di tipo collaborativo e non strumentalmente oppositivo, volto non a rallentare o a congelare l'azione amministrativa bensì ad orientarla verso la decisione più giusta, ridimensionandone la connotazione autoritativa (cfr. G.M. MARENGHI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante*, *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 12, p. 1360).

Altro aspetto su cui occorre soffermarsi è la forma di ristoro che viene oggi offerta al privato espropriato. L'art. 43, oltre a prevedere l'acquisizione amministrativa, disposta su base provvedimentale, disciplinava l'acquisizione giudiziaria, riguardante le ipotesi in cui la p.a., nel corso del giudizio per l'annullamento di un atto del procedimento ablatorio o per la restituzione del bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, avesse chiesto al giudice di escludere la restituzione, riconoscendo in entrambi i casi al proprietario inciso il diritto al «risarcimento» del danno. Diversamente, l'art. 42-bis tributa, in luogo del risarcimento del danno, un «indennizzo» per il pregiudizio subito. La diversa qualificazione della pretesa del proprietario colpito dal provvedimento di acquisizione sanante parrebbe frutto non di una casuale modifica terminologica, quanto piuttosto dell'intento subliminale di voler purificare, già solo nominalisticamente, il pregiudizio patito dal privato, riconducendo l'azione amministrativa nella sfera della legittimità. A seguito di un'analisi più approfondita, tuttavia, si giunge ad attenuare la portata innovativa del termine «indennizzo» guardando alla tendenza, manifestata dalla Corte Costituzionale (da ultimo Corte cost. n. 158/2002) e dalla Cassazione (*ex multis*, Cass. n. 17274/2010), tesa a parificare, dal punto di vista sostanziale, l'indennità espropriativa al risarcimento del danno da occupazione appropriativa, proponendo la ricostruzione del danno da occupazione acquisitiva in termini di indennizzo avente natura risarcitoria peculiare delle fattispecie ablative atipiche. Detto altrimenti, la modifica terminologica sarebbe propriamente da iscriversi nel tentativo, giurisprudenziale e dottrinale, di assimilare l'occupazione acquisitiva al rituale procedimento ablatorio, con la previsione di un *quantum* indennitario identico tanto per l'espropriazione legittima che per quella da provvedimento *ex art. 42-bis* – fatta salva la differenza rappresentata dalla riduzione prevista per gli interventi espropriativi di riforma economico sociale, che non si applica al provvedimento di acquisizione sanante, *ex art. 37*, comma 1, T.U. espropriazione. L'unica differenza – ingenerante un incremento delle poste attive del proprietario destinatario di un provvedimento *ex art. 42-bis* – sembra attualmente rappresentata dal riconoscimento del danno, pari al cinque per cento sul valore del bene, in mancanza di maggior pregiudizio subito dall'espropriato, che tende a coprire il periodo di occupazione senza titolo; tuttavia, si tratta di differenza solo apparente, se si conside-

ra che anche il proprietario espropriato legalmente ha diritto all'indennità di occupazione se sia stato privato del godimento del bene prima del trasferimento della proprietà (v. *amplius* R. CONTI, *L'acquisizione sanante resuscitata: l'art. 42-bis T.U. espropriazione, Urbanistica e appalti*, 2012, 7, p. 733).

Nel computo del ristoro rientra non solo il danno patrimoniale, ma anche (ennesima novità) quello non patrimoniale, forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. Sul punto, giova riprodurre le precisazioni del Consiglio di Stato: «Il riferimento al danno non patrimoniale in tale disposizione costituisce disposizione innovativa, che impone la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione: trattandosi di obbligazione derivante da illecito extracontrattuale, e quindi di debito di valore, tali somme, determinate con riferimento alla data della trasformazione irreversibile del bene, devono essere rivalutate equitativamente all'attualità sulla base degli indici Istat. Si impone, inoltre, il riconoscimento del danno da lucro cessante, costituito dalla perdita della possibilità di far fruttare la somma stessa» (Cons. Stato, sez. V, 02.11.2011 n. 5844).

In chiusura, viene fissato il referente temporale della nuova disposizione, la quale potrà applicarsi anche ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi sia già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, purché venga comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione. Si tratta di un'ipotesi di retroattività condizionata al rinnovo della originaria valutazione amministrativa, la quale non dovrà consistere in una mera revisione approssimativa ed acritica del processo valutativo, basata sui vaghi criteri del vecchio art. 43, potendo invece tradursi in una decisione sulla reiterazione di un provvedimento di acquisizione potenzialmente aperta all'ascolto anche del privato estromesso in un precedente *iter* procedimentale (sul punto, v. G.M. MARENGHI, *op. cit.*).

In dottrina, si è sostenuto che, pur rafforzando le garanzie poste a tutela del privato espropriando, ponendo un argine all'arbitrio decisionale dell'Amministrazione espropriante, l'intervento del novellatore è forse ammantato più di ombre che di luci. Sembra che il legislatore, trincerandosi dietro i soli profili di illegittimità formali denunciati dal Giudice delle leggi, abbia interpretato strumentalmente le sue motivazioni, senza soffermarsi sul passaggio della sentenza in cui la Corte Costituzionale prospetta soluzioni rimediali, invitando a «disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei», in linea con il diuturno indirizzo della Corte di Giustizia europea,

secondo la quale l'espropriazione *sine titulo* viola il principio di legalità, poiché consente all'Amministrazione di trarre vantaggio da una situazione di fatto scaturente da un'azione illegale. Il Legiferante avrebbe dovuto creare una barriera normativa all'infelice prassi italiana delle espropriazioni senza potere, giacché questo era il fine per il quale è stata concepita l'acquisizione sanante; al contrario, si è preferito ammettere «una sanatoria postuma di un'attività amministrativa viziata, impedendo al privato di attivare le soluzioni rimediali fisiologiche ossia consequenziali ad un comportamento *contra legem* dell'amministrazione. Le garanzie partecipative contemplate nella seconda parte della norma, nel merito condivisibili, sarebbero più utili a tutelare l'interesse del privato nel procedimento espropriativo ordinario di quanto non avvenga nel sub procedimento di acquisizione. Alla patologia dell'espropriazione *sine titulo* dovrebbe sempre opporsi la conseguenza della restituzione dell'area al privato espropriato, senza che ciò debba essere visto come un pregiudizio sproporzionato per l'interesse pubblico. Qualora infatti l'amministrazione dovesse vantare un persistente interesse, dotato del carattere della eccezionalità, ben potrebbe acquisire la proprietà privata rinnovando il procedimento espropriativo ab origine, nel rispetto di tutte le garanzie partecipative e dei tempi necessari per il loro assolvimento, piuttosto che rifugiarsi in un sub procedimento di sanatoria di dubbia costituzionalità» (G.M. MARENGHI, *op. cit.*).

In tale prospettiva, l'art. 42-*bis*, d.P.R. 327/2001, appare espressione di un funambolico tentativo legislativo di districare il complicato arabesco della procedura espropriativa per approdare all'appropriazione legale e corretta della proprietà privata, attraverso un perfetto, sublime *condono* all'italiana, grazie al quale il peccatore stesso, confessatosi in un *mea culpa* di farisea compitezza e recitata la prece espiatoria di circostanza, si autoassolve, scampando la dolorosa condanna della *restitutio in integrum* e consacrando in veste purgata il proprio peccato. Nell'atto finale di questo delitto senza castigo, l'indulgenza lustrale della tardiva comparazione degli interessi ad opera realizzata, grottesco simulacro di rispetto formale della proprietà privata, destina quest'ultima a soccombere (forse) ineluttabilmente.

Accanto alle persistenti perplessità in merito alla compatibilità della disposizione in esame con i principi fondamentali del nostro ordinamento, numerose sono le ulteriori problematiche nascenti dalla sua interpretazione, fra le quali merita di essere analizzata quella concernente la competenza circa l'adozione del provvedimento ivi disciplinato, oggetto della statuizione della sentenza qui recensita.

Il comma 1 dell'art. 42-*bis* stabilisce, *expressis verbis*, che il potere di adozione debba essere esercitato dall'*autorità che utilizza* il bene immobile per scopi di interesse pubblico. Il tenore letterale della norma suppone, col richiamo alla valutazione in ordine alle

attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico giustificanti l'emanazione del provvedimento, che lo stesso sia emanato dall'amministrazione nel cui patrimonio ricade l'opera pubblica per la quale era stata avviata la procedura espropriativa. Solo quest'ultima, in effetti, potrebbe svolgere compiutamente la valutazione comparativa in ordine all'interesse all'acquisizione del bene in disamina, corrispondendo l'indennizzo per la sua perdita.

È dunque in capo all'Amministrazione che utilizza e dispone dell'immobile a radicarsi ogni obbligo restitutorio, risarcitorio ed indennitario nei confronti del proprietario, e ciò sia in forza delle ordinarie previsioni di diritto comune, sia alla stregua dello specifico dettato dell'art. 42-*bis* cit.

Alla luce di queste pacifiche riflessioni prodromiche, il Consiglio di Stato, nella sentenza *de qua*, si è *in primis* concentrato sulla questione preliminare concernente la legittimazione passiva del Comune di Caserta. Sul punto, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto non sufficientemente motivata la decisione del T.a.r. di estromettere dal giudizio di primo grado l'amministrazione comunale ed hanno condiviso le censure dell'appello incidentale degli originari ricorrenti.

Punto di partenza è il principio, richiamato dalla giurisprudenza di legittimità, per cui «parte del rapporto espropriativo ed obbligato al pagamento dell'indennità nei confronti del proprietario espropriato e come tale legittimato passivo nel giudizio di opposizione alla stima promosso dall'espropriato è il soggetto espropriante a cui favore è pronunciato il decreto di espropriazione anche nell'ipotesi di concorso di più enti nella realizzazione dell'opera pubblica dovendo egualmente aversi riguardo a detti fini esclusivamente al soggetto che nel provvedimento ablatorio risulta beneficiario dell'espropriazione, salvo che dal decreto stesso non emerga che ad altro ente in virtù di legge o di atti amministrativi, e mediante figure sostitutive a rilevanza esterna, sia stato conferito il potere ed il compito di procedere all'acquisizione delle aree occorrenti e di promuovere e curare direttamente, agendo in nome proprio, le necessarie procedure espropriative ed addossati i relativi oneri» (Cass. civ., sez. I, 19.07.2012, n. 12541).

Ciò premesso, nella specie, dal Protocollo d'intesa, stipulato tra la Gestione Commissariale, il Comune di Caserta e la Provincia di Caserta, è emerso un coinvolgimento *genetico* del Comune nel procedimento espropriativo suddetto: più precisamente, dal predetto provvedimento è risultato che sarebbe stato proprio il Comune l'ente che avrebbe dovuto acquisire al proprio patrimonio la discarica in questione. Inoltre, la vigente legislazione dettata dal d.l. n. 1 del 14.01.2013, conv. con modifiche dall'art. 1, comma 1, l. 01 febbraio 2013, n. 11, prevede il subentro dei Comuni alle Province nella gestione del ciclo dei rifiuti, a partire dal 30.6.2014.

Queste circostanze ha consentito di ritenere il Comune di Caserta beneficiario finale della procedura ablativa: in quanto tale, esso non avrebbe potuto essere estromesso dal processo di primo grado.

Risolte le problematiche sull'integrazione del contraddittorio, per *omogeneità di materia*, il Collegio ha poi esaminato la censura proposta dall'appellante principale circa la competenza ad emettere il provvedimento *ex art. 42-bis* cit. in capo alla Provincia di Caserta.

In relazione a questo secondo punto, il decidente ha anzitutto ricostruito la *ratio* del predetto articolo, che, come visto in precedenza, attribuisce alle Amministrazioni una (mera) facoltà aggiuntiva, della quale possono avvalersi a loro insindacabile scelta, consistente nella possibilità di evitare la restituzione del bene immobile illegittimamente occupato e trasformato, mercé il pagamento di un indennizzo.

La Corte ha poi evidenziato, con chiaro tono ammonitorio, che, in un'ottica di leale cooperazione fra pubbliche amministrazioni, ispirata al principio del buon andamento dell'azione statale, è comunque paradossale che le stesse si rimpallino reciprocamente la facoltà di disporre l'acquisizione sanante, giacché tutte le amministrazioni coinvolte dovrebbero invece avere un identico interesse a procedere in tempi rapidi, fatta salva l'ipotesi di valutazioni divergenti in ordine alla opportunità di acquisire il compendio immobiliare illegittimamente trasformato. Del resto, ove pure l'Amministrazione competente a disporre l'acquisizione *ex art. 42-bis* cit. dovesse esprimere l'intenzione di non accedere a tale rimedio, ciò non farebbe venire meno l'obbligo risarcitorio incombente sulla (diversa, eventualmente) Amministrazione tenuta a risarcire il danno. Atteso poi che tale risarcimento comprenderebbe la necessaria rimessione in pristino dell'area, non è da escludersi l'eventualità per cui l'Amministrazione responsabile dell'illecito potrebbe addirittura vedersi costretta ad un esborso maggiormente oneroso del versamento della somma dovuta *ex art. 42-bis* cit., così confliggendo con il parametro di efficienza sotteso all'art. 97 Cost.

Dopo aver implicitamente suggerito un atteggiamento più collaborativo fra i soggetti pubblici coinvolti, il Collegio ha preso posizione in merito all'eccezione prospettata nell'appello principale, e si è discostato dalle conclusioni del T.a.r. Campania.

Aderendo alle prospettazioni dell'appellante principale e conformandosi al disposto testuale dell'art. 42-bis cit., *ut supra* interpretato, il Consiglio di Stato ha statuito che la facoltà di emissione del provvedimento acquisitivo sanante spetta, in via esclusiva, all'autorità la quale, al momento della *condanna* all'emissione del provvedimento giudiziale, utilizza il bene. Nella specie, detta autorità non può più identificarsi con il Commissario Delegato per l'Emergenza Rifiuti per la Regione Campania o con la Presidenza del Consiglio

dei Ministri, in quanto lo stato emergenziale in Campania è cessato alla data del 19.12.2009 e la legislazione succedutasi dal 2008 ed attualmente in vigore ha attribuito competenze gestionali *ad hoc* alle Amministrazioni Provinciali: «l'utilizzo dell'indicativo presente al comma 1 del più volte citato art. 42-bis del TU [...] obbliga a far riferimento soltanto alla attualità del momento e non alla situazione pregressa rispetto al momento in cui sopravviene il provvedimento giudiziale «condannatorio» e facultizzante l'esercizio della facoltà ivi contemplata».

Nella vicenda in disamina, è allora in capo alla Provincia di Caserta che grava la competenza a valutare i presupposti per l'emissione del provvedimento acquisitivo e l'obbligo di determinare e versare l'indennizzo.

Non ci si sofferma sulle ulteriori statuizioni del Giudice amministrativo: basti rilevare che l'appello principale e quello incidentale sono stati accolti nei termini poc'anzi evidenziati e respinti nel merito per le altre censure sollevate.

Si ritengono però opportune alcune riflessioni conclusive.

La questione sottoposta alla Suprema Assise della Giustizia Amministrativa è stata risolta alla luce del principio del *tempus regit actum*, il quale governa il procedimento amministrativo anche in punto di individuazione del soggetto competente ad esercitare l'azione amministrativa e, pertanto, soggetto all'azione risarcitoria conseguente (Cons. Stato, sez. IV, 21.08.2012, n. 4583, Cass. civ., sez. VI, 22.02.2012, n. 2672). Un accento particolare è stato posto sul principio del buon andamento amministrativo, il quale dovrebbe improntare di sé il comportamento degli esercenti funzioni pubbliche, esortandoli ad atteggiamenti reciprocamente collaborativi. Al riguardo, le parole del Consiglio di Stato, in più punti della sentenza commentata, suonano come un severo *rappel a l'ordre*, volto a tutelare la posizione del privato espropriato, il quale dovrà in ogni caso ricevere soddisfazione del proprio credito da parte dell'Amministrazione che decida di procedere *ex art. 42-bis* cit. Per contro, laddove non si addivenga all'emissione di alcun provvedimento, l'eventuale responsabilità risarcitoria non potrebbe che rimanere ad esclusivo carico dell'Amministrazione la quale, *ratione temporis*, si sia resa protagonista dell'illecito. Il rischio insito nell'insopprimibile tendenza alla litigiosità fra funzionari pubblici, unita al tratto tipicamente italiano dell'attenzione codina al dato formalistico e del troppo disinvolto ricorso al *jeu du "valet puant"*, è di esporre l'amministrazione espropriante a conseguenze risarcitorie assai gravose nei confronti del privato espropriato: in questo contrappasso burocratico è forse possibile scorgere il fio di quel "delitto senza castigo" che si consuma sul proscenio della acquisizione sanante.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

NOVITÀ
LEGISLATIVE

GLI APPRODI DI UNA RIFORMA A LUNGO ATTESA: UNA PRIMISSIMA LETTURA DELL'ULTIMO INTERVENTO DEL LEGISLATORE SUI DELITTI CONTRO LA P.A.	226
di Paola Borrelli	
LA NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO ED IL (MANCATO) RISPETTO DELLA LEGGE DELEGA	239
di Valeria Bove	
IL LAVORO INTERMITTENTE NEL JOBS ACT	249
di Guglielmo Cinque	
LA NUOVA TUTELA NEI CONFRONTI DEI LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI NEL D.LGS. N. 23/2015	255
di Gennaro Iacone	
IL REGIME SANZIONATORIO NEL SISTEMA DEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI: DALLA LEGGE FORNERO AL JOB ACT: DALLE SEMPLICI INCONGRUENZE AI QUASI CERTI PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ	260
di Matilde Pezzullo	



Gli approdi di una riforma a lungo attesa: una primissima lettura dell'ultimo intervento del legislatore sui delitti contro la P.A.

Il contributo si propone di analizzare la recentissima riforma dei reati contro la P.A., cercando di tratteggiarne le novità e di evidenziarne alcuni profili problematici, mirando ad una riflessione che si avvalga, ove necessario, anche delle acquisizioni derivanti dal dibattito su questioni controverse della Legge Severino.

sommario

Premessa. – **1.** La reviviscenza della concussione dell'incaricato di pubblico servizio. – **2.** Verso i “pentiti” di Pubblica Amministrazione? – **3.** La riparazione pecuniaria per il *vulnus* della P.A., anche quale condizione per la sospensione condizionale della pena. – **4.** La condizione per l'accesso al patteggiamento. – **5.** Le modifiche - solo - in punto di pena e quelle sulle pene accessorie. – **6.** L'informativa all'Autorità nazionale anticorruzione. – **7.** Qualche riflessione conclusiva.

Premessa

Dopo soli due anni e mezzo dall'entrata in vigore della l. 190 / 2012^{1,2} – ma dopo ben due anni dall'iniziativa parlamentare – ecco un nuovo intervento normativo nel campo della repressione dei reati contro la P.A.³.

L'iter parlamentare è stato lungo ed articolato ed ha preso le mosse poco dopo l'entrata in vigore della legge

Severino⁴, sulla quale si innesta e rispetto alla quale va, sotto alcuni aspetti, in controtendenza.

Le novità del provvedimento che si va commentando sono costituite non solo da un generale inasprimento sanzionatorio anche rispetto alle pene frutto della novella della l. 190 del 2012, ma anche dalla reviviscenza della concussione dell'incaricato di pubblico servizio e dal potenziamento del sistema investigativo e repressivo, sotto il profilo della previsione di uno sconto di pena per chi collabora con gli investigatori e dell'aggressione al patrimonio del soggetto-agente. È previsto, inoltre, un obbligo di comunicazione all'A.N.A.C. di alcune delle principali evoluzioni procedurali.

Il commento sulla disciplina appena approvata – non ancora entrata in vigore nel momento in cui il presente contributo viene licenziato – si propone una riflessione nella prospettiva del giudicante, individuando alcuni aspetti problematici in vista della prossima applicazione delle norme di nuovo conio⁵.

1. La reviviscenza della concussione dell'incaricato di pubblico servizio

La norma sulla concussione ha subito un'interpolazione di non poco momento, laddove il legislatore è ritornato su una scelta effettuata poco più di due anni or sono con la legge Severino.

Torneranno ad essere punibili ex art. 317 c.p., infatti, le condotte costrittive dell'incaricato di

¹ Per un quadro generale della riforma della l. 190 del 2012, entrata in vigore il 28 novembre 2012, si veda P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013; per una valutazione critica di essa, si veda F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista trimestrale, 3-4/2014, F. PALAZZO, *Contributo in Corruzione: strategie di contrasto*, a cura di F. Cingari, Firenze University Press, 2013 ed in *www.scuolamagistratura.it* e *Delitos contra la Administración Pública*, a cura di Francisco R. Heydegger/Jhuliana C. Atahuamán P., 2013, IDEMSA/Centro de Estudios Penales ed in *www.scuolamagistratura.it*.

² In termini generalissimi, gli interventi più incisivi, oltre al generale inasprimento delle pene, hanno riguardato il cd. spaccettamento della concussione, ora articolata in due distinte fattispecie delittuose, ed il rimodellamento della tipologia di figure corruttive, con la previsione della fattispecie “satellite” del traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p.

³ La novella riguarda anche il falso in bilancio, per il quale si rinvia ad un ulteriore contributo programmato per il prossimo numero della Rivista.

⁴ La proposta di legge – a cui poi sono state riunite le altre – è stata presentata il 15 marzo 2013. La discussione in Commissione Giustizia del Senato è iniziata nel giugno del 2013; sono state svolte anche alcune audizioni informali e poi l'esame è stato a lungo sospeso in attesa delle proposte del Governo, che ha poi presentato gli emendamenti al testo nella seduta del 7 gennaio 2015. Nella seduta del 25 marzo 2015, dopo il voto contrario alle pregiudiziali di costituzionalità, si è aperta la discussione sulle linee generali e, nella seduta del primo aprile 2015 il provvedimento è stato approvato. Il progetto di legge è passato all'esame della Camera; a tal fine la Commissione Giustizia ha iniziato l'esame il 16 aprile 2015, procedendo anche all'abbinamento delle altre proposte di legge in materia. Nella seduta del 12 maggio 2015 sono stati respinti tutti gli emendamenti. La discussione in Assemblea si è svolta il 14 maggio 2015 ed il voto finale si è tenuto il 21 maggio 2015.

⁵ Esso patisce ovviamente i limiti di un contributo redatto “a caldo” e licenziato a pochi giorni dall'approvazione definitiva del testo di legge.

pubblico servizio, figura di agente che la l. 190/12 aveva escluso dal novero dei soggetti attivi dell'illecito.

Il *revirement* legislativo ha, evidentemente, visto prevalere la convinzione di coloro che dissentivano rispetto all'idea che aveva fondato la scelta della 2012, secondo cui solo il pubblico ufficiale sarebbe in grado di ingenerare il *metus publicae potestatis*⁶.

L'entrata in vigore della norma, in assenza di disciplina transitoria, genererà alcuni interrogativi di diritto intertemporale, come già accaduto all'indomani dell'operatività della l. 190/12, allorché ci si era chiesti se la condotta costrittiva dell'incaricato di pubblico servizio fosse ancora sanzionabile e, in caso positivo, quale norma dovesse trovare applicazione per i fatti commessi *ante* Legge Severino.

Si rammenta che la risposta fornita, sul punto, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷ era stata quella che la costrizione per farsi dare o promettere denaro o altra utilità, posta in essere da un incaricato di pubblico servizio, restava punibile, tuttavia non più come concussione ma come estorsione (aggravata *ex art.* 61, n. 9 dall'abuso di qualità) in presenza di *diminutio patrimonii*⁸ ovvero, difettando questa, come

⁶ E stato, infatti, lo stesso – allora – Ministro della Giustizia Paola Severino a fornire un'interpretazione della scelta legislativa «Già in sede di dibattito precedente la riforma dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione del 1990, si era criticata la scelta di estendere la soggettività attiva all'incaricato di un pubblico servizio, ponendo in evidenza come tale scelta mal si attagliasse alla struttura oggettiva della fattispecie, incentrata su forme di coazione psicologica riportabili esclusivamente ai poteri coercitivi tipici della pubblica funzione. Avuto riguardo, in particolare, alla costrizione è il solo pubblico ufficiale, in virtù dei suoi poteri tipici, in grado di determinare in capo al privato il *metus publicae potestatis*. La condotta di "costrizione" posta in essere dall'incaricato di un pubblico servizio troverà il suo referente normativo nel delitto di estorsione aggravata *ex art.* 61, n. 9 c.p.». In P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione cit.*, in *Dir. pen e proc.* 2013.

⁷ Sul punto, cfr. Cass. pen. SSUU, 24 ottobre 2013, n. 12228: «l'abuso costrittivo dell'incaricato di pubblico servizio, illecito attualmente estraneo allo statuto dei reati contro pubblica amministrazione, è in continuità normativa, sotto il profilo strutturale, con altre fattispecie incriminatrici di diritto comune, quali, a seconda dei casi concreti, l'estorsione, la violenza privata, la violenza sessuale (artt. 629, 610, 609-bis, con l'aggravante di cui all'art. 61, comma primo, n. 9, cod. pen.); in termini, sulla continuità normativa con l'estorsione, Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 13047, Cass. pen., sez. VI, 27 marzo 2013, n. 26285.

⁸ A questa conclusione era giunta anche la Relazione n. III/11/2012 del 15 novembre del 2012 dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione, 10, in *Italgireweb*; si veda anche P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione, cit.*: «Non mi pare che tale soluzione – ovvero sia la riconducibilità della condotta di costrizione dell'incaricato di pubblico servizio al delitto di estorsione – possa essere revocata in dubbio. La scomposizione della concussione in due sottofattispecie con limitazione della concussione per costrizione al solo pubblico ufficiale comporta un classico fenomeno di *abrogatio sine abolitio* con "riespansione" della fattispecie di estorsione "colorata" dall'aggravante dell'abuso dei poteri o della violazione dei doveri inerenti a una pubblica

violenza privata aggravata (artt. 610 e 61 n. 9 c.p.) o, ancora, se la vittima era stata costretta a prestazioni sessuali, a norma dell'art. 609-bis c.p., tutti illeciti ritenuti condividere «la stessa fisionomia della vecchia fattispecie di concussione per costrizione».

Orbene, ferma l'idea della continuità normativa, se già all'epoca ci si era interrogati sull'individuazione di quale dovesse essere, *ex art.* 2, comma 4, c.p., la disciplina applicabile per i fatti commessi prima del 28 novembre 2012 e fuoriusciti dal novero dei delitti contro la P.A., le riflessioni allora svolte dovranno essere riproposte attualmente per i fatti costrittivi commessi dagli incaricati di pubblico servizio, la cui punibilità *ex art.* 317 c.p. è rivissuta grazie alla novella che si va commentando.

Se la questione, infatti, non sembra essere neanche oggi la continuità normativa, potendo operarsi il ragionamento inverso – cioè ritenere che, dalle norme generali "rivissute" a seguito della novella del 2012, si sia passati nuovamente ad una regolamentazione specifica –, l'interprete si troverà, tuttavia, a dover individuare lo statuto punitivo da applicare – oggi – ai fatti *ante* L. Severino ed a quelli commessi nel periodo intercorso tra l'entrata in vigore di quest'ultima e dell'intervento normativo in commento.

In risposta a questo interrogativo, può affermarsi che, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della l. 190/12, la normativa frutto dell'ultima novella non entrerà mai in gioco, giacché è rimasta ferma la pena edittale già aumentata dalla L. Severino (per i soli PPUU), nel minimo, da quattro a sei anni, che è più severa di quella *ante* l. 190. Il raffronto andrà quindi operato – come già occorre fare prima della riforma che si va commentando – comparando il vecchio statuto punitivo dell'art. 317 c.p. e quello delle fattispecie generali di volta in volta applicabili.

Qualche riflessione in più è necessaria – dato l'oggetto del presente contributo – quanto alla disciplina applicabile per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della l. 190/12 e prima dell'entrata in vigore della novella.

Orbene, i paradigmi sanzionatori da raffrontare saranno, in caso di condotta dai connotati patrimoniali, quelli del delitto di concussione come punito oggi e

funzione o a un pubblico servizio. Che d'altronde non si sia mai posto in dubbio, una volta eliminata dallo scenario normativo la concussione, la possibilità di assumere, rispetto alla condotta di costrizione, come punto di riferimento dell'incriminazione il delitto di estorsione è testimoniato dalle numerose iniziative di riforma che si muovevano appunto in questa direzione, prevedendo al contempo un aggravante speciale del delitto di estorsione nell'ipotesi in cui la violenza o minaccia fosse commessa da un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla sua qualità o alle sue funzioni (a partire dal Progetto Cernobbio che ho sopra citato). Tale assetto di disciplina, che peraltro replica quello vigente *ante* riforma del 1990, tiene in conto la diversità dei poteri del pubblico ufficiale e dell'incaricato di un pubblico servizio».

dell'estorsione che sarebbe stata applicabile al tempo della sua realizzazione. Nel raffronto, dovrà tenersi presente una differenza strutturale tra la concussione e l'estorsione, giacché la prima si consuma con la sola promessa e la seconda con la dazione, motivo per il quale, nel caso in cui l'azione si sia arrestata alla promessa, dovrà trovare applicazione il tentativo di estorsione.

Sarà, inoltre, rilevante comprendere se siano ravvisabili aggravanti (a meno che il loro effetto sanzionatorio non sia neutralizzato da eventuali giudizi di comparazione); a prescindere dai casi in cui le aggravanti applicabili all'estorsione siano neutralizzate ex art. 69 c.p., infatti, già la configurabilità dell'aggravante ex art. 61 n. 9 c.p. quale circostanza dell'estorsione fa sì che, se vi è stata dazione, debba trovare applicazione, in quanto meno severa, la norma della novella in commento, giacché l'estorsione ex art. 629 co. 1 consumata e contrassegnata da un'aggravante comune è punita più severamente. Se, invece, non vi è stata dazione, dovrà prendersi atto che l'estorsione, quand'anche aggravata ex art. 61 n. 9) c.p., è punita in maniera meno grave della concussione. Il discorso cambia, invece, quando ricorre una delle aggravanti applicabili ex art. 629 co. 2 che richiama l'art. 628 co. 3 c.p. in quanto esse, laddove accedano ad estorsione consumata, fanno sì che la pena sia sempre più grave di quella della concussione ma, quando l'estorsione è tentata, conducono ad una sanzione molto meno severa nel minimo (due invece che sei anni), ma più severa nel massimo (tredici anni e quattro mesi invece che dodici).

Passando oltre, il raffronto tra il quadro sanzionatorio del delitto di concussione e quello di violenza privata vede quest'ultima punita molto meno gravemente, motivo per cui, a norma dell'art. 2 co. 4 c.p., sarà il secondo a trovare applicazione per i fatti commessi nel biennio frutto del vuoto normativo creato dalla Legge Severino; riguardo alla violenza sessuale, essa dovrà cedere il passo alla concussione solo laddove connotata dall'aggravante di cui all'art. 61 n. 9 c.p. (sempre che quest'ultima non sia neutralizzata da eventuali giudizi di comparazione), mentre normalmente sarà la norma dell'art. 609-bis c.p. a trovare applicazione perché caratterizzata da una sanzione meno severa del reato contro la P.A.

2. Verso i "pentiti" di Pubblica Amministrazione?

Sulla falsariga delle attenuanti previste per i delitti di terrorismo⁹, di criminalità organizzata¹⁰, di sfruttamento sessuale dei minori¹¹, per il sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione¹² o anche della circostanza prevista dal T.U. stupefacenti¹³, la novella, al

comma 2 dell'art. 323-bis c.p., prevede una circostanza attenuante – che determina la diminuzione della pena da un terzo a due terzi – per chi si adopera "efficacemente" 1) nell'impedire che il reato sia portato a conseguenze ulteriori 2) nell'aiutare gli investigatori ad assicurare la prova dei reati e l'individuazione degli altri responsabili 3) ovvero il sequestro delle somme e delle utilità trasferite.

Tale circostanza si applicherà ai delitti di cui agli articoli 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-ter (corruzione in atti giudiziari), 319-quater (induzione a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), 321 (pene per il corruttore), 322 (istigazione alla corruzione) e 322-bis (peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri).

Si tratta di una novità significativa, destinata ad incidere sull'attività repressiva, consentendo agli inquirenti di attingere le notizie indispensabili per lo sviluppo delle investigazioni dall'interno del sistema illecito, forzandolo, e, in pratica, sperimentando nell'ambito dei delitti contro la P.A. un modulo investigativo già utilizzato con successo in altri settori, specie nel campo del terrorismo e della criminalità organizzata.

Ora, se è chiaro che il contributo dichiarativo dovrà essere caratterizzato da concretezza, utilità e proficuità (inequivocabile l'avverbio "efficacemente"), sarà interessante verificare come gli operatori affronteranno il problema della verifica di tali requisiti quando le indagini sviluppatesi sulla base del narrato dell'imputato accusatore siano ancora in corso e quando, di conseguenza, l'efficacia delle provalazioni non sarà – al momento della decisione sulla posizione del soggetto che invoca l'attenuante – dimostrabile dalla difesa né ostensibile da parte dell'Ufficio di Procura¹⁴.

Altro aspetto problematico potrebbe riguardare l'efficacia *quoad poenam* dell'attenuante sotto il profilo dell'eventuale comparazione con una o più aggravanti. Si ricorda, infatti, che il bilanciamento, nella giurisprudenza della S.C., è ammesso per quanto concerne l'attenuante della collaborazione del T.U. stupefacenti (come chiarito da Cass. pen., sez. 3, sentenza n. 38015 del 12/6/2013) mentre è negato – dopo lo sviluppo di opinioni divergenti – con riferimento alla collaborazione "mafiosa" (secondo quanto sancito da Cass. pen., sez. U, sentenza n. 10713 del 25/2/2010).

Materiale per una riflessione sul punto può essere tratto dalle motivazioni delle sentenze suddette, che hanno individuato la *ratio* della circostanza attenuante dell'art. 8 co. 1 d.l. 152/91 convertito nella l. 203/91

⁹ Art. 4, d.l. n. 625 del 1979, art. 4, conv. nella l. n. 15 del 1980, e dalla l. 29 maggio 1982, n. 304.

¹⁰ Art. 8, c. 1, d.l. 152/91 convertito nella l. 203/91.

¹¹ Art. 600, *septies* 1 c.p.

¹² Art. 630, co. 4 e 5 c.p.

¹³ Art. 73, co. 7, d.P.R. 309/90.

¹⁴ Sul punto, si veda, con riferimento all'attenuante di cui al comma 7 dell'art. 73 d.P.R. 309/90, Cass. pen., sez. 3, sentenza n. 44478 del 19/07/2012.

nell'esistenza di un interesse preferenziale del legislatore allo scompaginamento dei sodalizi mafiosi, mitigando la severità della risposta sanzionatoria verso i colpevoli anche di gravi reati che abbiano decisamente contribuito a quella dissoluzione, mitigazione che sarebbe vanificata – mortificando l'*appeal* dell'attenuante e, quindi, della scelta della collaborazione – dal coinvolgimento della circostanza in un giudizio di comparazione con le aggravanti.

Le SS.UU. hanno, poi, posto l'accento anche – a giustificare il trattamento preferenziale – sulla fattività della collaborazione così come richiesta dalla norma e delineata dalla giurisprudenza, che, oltre a vedere la dissociazione del proponente, deve concretizzarsi in *“una condotta attiva intesa ad evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori ed alla prestazione di un concreto e significativo apporto alle indagini, determinante per la ricostruzione dei fatti e la cattura dei correi”*.

La medesima “resistenza” al giudizio di comparazione non è stata ritenuta per l'attenuante di cui al comma 7 dell'art. 73 T.U. stupefacenti (cfr. la sentenza 38015 cit.), laddove tra le due norme è stata individuata una *“significativa differenza, essendo la prima inserita nel particolarissimo contesto sistematico della disciplina del contrasto alla criminalità di tipo mafioso; contesto nel quale la dissociazione e la collaborazione attiva acquistano peculiare rilevanza.”*

Ebbene, se questa è la premessa, la “partita” dell'interpretazione si giocherà sulla ragionevolezza di un regime differenziato anche per il comparto dei reati contro la P.A., posto che, sotto il profilo contenutistico, non si registrano particolari differenze dell'attenuante in commento con quella dell'art. 8. L'interprete dovrà, in definitiva, valutare se anche la lotta ai delitti contro la P.A. possa essere ritenuta una priorità del legislatore che meriti un trattamento di particolare favore per il collaborante e, quindi, una deroga all'ordinaria disciplina in materia di concorso di circostanze eterogenee. Sul punto potrebbe esservi più di qualche perplessità, sia in quanto il fenomeno mafioso vede in generale una regolamentazione differenziata – una sorta di “doppio binario” sconosciuto in altri settori – giustificato dalla priorità di fronteggiare la criminalità organizzata, che ha superato finora il vaglio della Corte Costituzionale¹⁵, sia in quanto la scelta di collaborazione di un mafioso è una scelta radicale – che comporta anche un profondo cambiamento di vita proprio e della propria famiglia – che va necessariamente controbilanciata da un trattamento sanzionatorio realmente vantaggioso che renda appetibile la dissociazione.

¹⁵ Si pensi al sistema delle presunzioni in materia cautelare (art. 275 co. 3 c.p.p.) che ha visto la Consulta giustificare reiteratamente, nelle pronunzie di incostituzionalità che le hanno ridimensionate per altri reati, la ragionevolezza di quelle previste per il reato di cui all'art. 416-bis c.p.p.

3. La riparazione pecuniaria per il *vulnus* della P.A., anche quale condizione per la sospensione condizionale della pena

L'art. 322-*quater* c.p. contempla l'inedita¹⁶ previsione della riparazione pecuniaria a favore dell'amministrazione di appartenenza del pubblico dipendente infedele da parte di chi si sia macchiato di uno tra i reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis* c.p.

Con la sentenza di **condanna** ovvero con la sentenza di **patteggiamento**, infatti, il giudice dovrà sempre ordinare il pagamento di una **somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio** a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter* c.p., in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Negli stessi casi, a norma del novellato art. 165 c.p., il giudice, quando riterrà di poter concedere la **sospensione condizionale della pena**, dovrà¹⁷ subordinarla al «pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria» in favore delle medesime amministrazioni di cui sopra.

Ora, è indubbio che la norma dell'art. 322-*quater* introduca uno strumento che appare potenzialmente idoneo a fungere da – ulteriore – modulo repressivo delle condotte illecite, nel contempo servendo quale meccanismo riparatorio rispetto al *vulnus* causato alla P.A.

Si tratta, infatti, a quest'ultimo proposito, di una disposizione che consentirà al giudice penale di fornire un'immediata soddisfazione alle ragioni dell'amministrazione colpita, a prescindere dalla costituzione di parte civile di quest'ultima ed alle problematiche, spesso piuttosto complesse, legate alla quantificazione del danno; il meccanismo di collegamento con la sospensione condizionale della pena, poi, fungerà da grimaldello, nei casi in cui il beneficio sarà applicabile, per ottenere che tale riparazione sia effettivamente corrisposta¹⁸.

Le nuove norme troveranno applicazione in generale per i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio, restandone immuni i corruttori, salvo – dato il richiamo dell'intero articolo – quelli la cui condotta è punita *ex art.* 322-*bis* c.p., ma non il privato che risponde per avere assecondato l'induzione di cui all'art.

¹⁶ Un istituto analogo è previsto, in un altro settore, dall'art. 12 della l. 47/48 sulla stampa.

¹⁷ Significativa l'espressione «è comunque subordinata».

¹⁸ Il giudice, a norma dell'art. 165 u.c. c.p., dovrà indicare in sentenza il termine entro il quale l'obbligo va adempiuto.

319-*quater* c.p.¹⁹, articolo richiamato *sic et simpliciter* dalla norma in commento. Quest'ultima, infatti, non opera alcuna delimitazione con riferimento alle posizioni dei soggetti organici alla P.A., ciò non potendo evincersi – a parere di chi scrive – semplicemente dal parametro 'arricchimento del PU o dell'incaricato di pubblico servizio' utilizzato per quantificare la somma.

Tali aspetti rappresentano un primo profilo che lascia perplessi, se si pensa alla disparità di trattamento tra diverse tipologie di corruttori e, soprattutto, al fatto che la riparazione è contemplata per il condannato *ex art. 319-*quater* co. 2 c.p.* ma non per il corruttore, soggetto che si rende autore di una condotta maggiormente riprovevole – e, in quanto tale, punita più severamente – rispetto al privato indotto, che è pur sempre un soggetto che ha agito sotto l'influenza di un'azione illecita di pressione dell'intraneo, ancorché al fine di conseguire un proprio tornaconto personale.

Quanto alle problematiche strettamente applicative, non va sottaciuto che il giudicante potrebbe trovarsi di fronte ad un'*impasse* nella fase della decisione, quando dovrà confrontarsi con la quantificazione della somma per cui condannare l'imputato.

Ciò potrà accadere nei casi, piuttosto frequenti, in cui l'indebito sia rappresentato da un bene o da un'utilità e non già da una somma di denaro, quando il giudice avrà la necessità di quantificare esattamente il valore di essi, allo scopo di determinare la somma di cui disporre il pagamento; ciò potrebbe, nella pratica, creare non pochi imbarazzi decisionali allorché l'istruttoria dibattimentale o, comunque, gli atti a disposizione per la decisione non forniscano dati utili a comprendere – con la dovuta nettezza, dovendo tale dato condurre ad un'indicazione numerica in dispositivo – quale sia il valore di quanto indebitamente incamerato o di quanto si è indebitamente goduto. Si pensi, infatti, che qualsiasi iniziativa officiosa del giudice – per esempio una perizia – renderebbe manifesta, alle parti, la sua volontà di condannare. Di fronte a situazioni del genere, occorre domandarsi, allora, se il giudicante possa condannare genericamente al pagamento di una somma pari al valore del bene o dell'utilità conseguita, demandando alla fase esecutiva l'esatta quantificazione della stessa²⁰.

Quanto all'inquadramento più generale dell'istituto, si ricorda che la riparazione non è l'unico strumento del codice penale atto a colpire i soggetti che si macchiano di reati contro la Pubblica Amministrazione sotto il profilo dell'illecita locupletazione conseguita: l'*art. 322-*ter* co. 1 e 2 c.p.* prevede, in caso di condanna o di patteggiamento, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 321, anche se commessi da o rispetto

ai soggetti indicati nell'articolo 322-*bis* co. 1 c.p., la confisca obbligatoria dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto²¹.

A questo proposito, ci si deve chiedere, quindi, quali siano i rapporti tra la riparazione e la confisca – entrambe obbligatorie, si veda il comune utilizzo dell'avverbio "*sempre*" – e se la cumulabilità nei confronti degli *intranei*, del privato indotto *ex art. 319-*quater** e dei corruttori dei soggetti di cui all'*art. 322-*bis* c.p.* dei due strumenti non finisca per duplicare il meccanismo repressivo per lo stesso fatto. Data la coesistenza e la comune obbligatorietà delle due misure patrimoniali, deve prendersi atto, infatti, che l'imputato condannato dovrà essere colpito dall'ablazione – obbligatoria – *ex art. 322-*ter* c.p.* di beni costituenti il profitto o il prezzo ovvero di una somma corrispondente al profitto o al prezzo del reato e che un'ulteriore somma – corrispondente a quella illecitamente incamerata dal soggetto agente pubblico – egli sarà condannato a versare anche a titolo di riparazione ai sensi dell'*art. 322-*quater* c.p.*

L'impeto punitivo – lo si anticipa – diviene più evidente in caso di patteggiamento, laddove vi è anche l'ulteriore esborso legato alla condizione di accesso al rito di cui all'inedito comma 1-*ter* dell'*art. 444 c.p.p.* (cfr. paragrafo successivo).

Altro profilo su cui occorrerà interrogarsi è quello della natura della riparazione, giacché la risoluzione di tale quesito è la chiave di volta per affrontare le questioni di diritto intertemporale.

Orbene, la collocazione non è facile.

Certamente non si tratta, a giudizio di chi scrive, di una misura di sicurezza, non avendone il *nomen iuris* e non riguardando beni dalla pericolosità intrinseca (requisito che, tuttavia, nella confisca per equivalente è inesistente), oltre ad essere tale istituto già previsto, per le medesime fattispecie, dal citato *art. 322-*ter* c.p.*

Il concetto di riparazione sembra, piuttosto, richiamare istituti civilistici, anche se l'obbligatorietà a prescindere da una richiesta di parte e la salvezza del diritto al risarcimento del danno del soggetto danneggiato – qualifica indubbiamente attribuibile all'amministra-

²¹ Si ricorda, inoltre, che l'*art. 12-*sexies** del d.l. 08/06/1992, n. 306 contempla anche un ulteriore strumento di aggressione patrimoniale sancendo che, nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'*art. 444 c.p.p.*, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis* e 325, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.

¹⁹ Ai sensi della comma 2.

²⁰ La quantificazione della somma da corrispondere a titolo di riparazione non sembra rientrare né poter essere ricondotta ad alcuna delle competenze del p.m., del giudice dell'esecuzione o del magistrato di sorveglianza.

zione di appartenenza beneficiaria della riparazione – potrebbero indurre qualche dubbio in proposito²².

Si tratta di temi – quello della compatibilità degli strumenti di aggressione patrimoniale e quello della portata applicativa della riparazione – su cui sarà interessante attendere il prevedibile sviluppo del dibattito dottrinario e giurisprudenziale²³.

4. La condizione per l'accesso al patteggiamento

La norma sulla riparazione non è l'unica attraverso la quale il legislatore sia intervenuto sul versante patrimoniale. Nell'articolo 444 c.p.p. è stato inserito, infatti, il comma 1-ter, che prevede una condizione di ammissibilità del patteggiamento per i reati pp. e pp. dagli articoli 314 (peculato), 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-ter (corruzione in atti giudiziari), 319-quater (induzione a dare o promettere utilità) e 322-bis (peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri) c.p.

In tutti questi casi, l'accesso al rito non sarà possibile, dunque, se non vi sarà stata **restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato**, che la parte dovrà comprovare dinanzi al giudice al quale chiede che la propria posizione sia definita ex art. 444 c.p.p.

La scelta legislativa potrebbe dirsi dettata dall'apprezzabile volontà di ristabilire l'equilibrio economico violato a danno dell'imputato – che ha goduto di un illecito arricchimento – ed a favore di chi abbia subito la relativa *deminutio* patrimoniale, posta dal legislatore quale condizione di ammissibilità della richiesta di patteggiamento per garantirne l'effettività a prescindere dalle sorti della sentenza.

La norma pone tuttavia – ad una primissima lettura – alcune questioni di ordine pratico, procedurale e/o di politica giudiziaria.

La prima – che lascia dubitare della ragionevolezza della disposizione – è comune anche alla riparazione ex art. 322-quater c.p. e riguarda la riferibilità della norma al corruttore ex art. 322-bis c.p. e non a quello punito ai sensi dell'art. 321 c.p.p., nonché l'inserimento

dell'art. 319-quater c.p. tra le norme in relazione alle quali scatta la condizione per il patteggiamento, norma il cui richiamo integrale lascia ritenere incluso tra i soggetti a cui la condizione medesima si riferisce anche il privato indotto, mentre il più riprovevole corruttore ne resterebbe escluso²⁴.

Una seconda questione – che ha anche una rilevanza per differenziare gli istituti – attiene all'individuazione del soggetto nei cui confronti la restituzione dovrà indirizzarsi. Nel caso del comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p., infatti, non è specificato il soggetto a favore del quale essa dovrà avvenire, a differenza che nel caso della riparazione ex art. 322-quater c.p., espressamente indicata a favore dell'amministrazione di appartenenza a prescindere dal soggetto da cui provenga il bene illecitamente introitato e della confisca ex art. 322-ter, che vede come destinatario dei beni o del denaro lo Stato. L'interrogativo non è di poco momento, sia perché lascia generali margini di incertezza sia in quanto, nel caso del comma 1-ter, facendo leva sul significato letterale del termine "restituzione", la dazione dovrebbe essere indirizzata al soggetto dal quale il bene proviene. Ciò, se non suscita perplessità, per esempio, nel caso di peculato (in cui il destinatario della restituzione del bene sarà la stessa PA lesa dal reato), ovvero nel caso della concussione, in cui il bene indebitamente percepito dal PU verrà restituito al privato-vittima, lascia interdetti nel caso dell'induzione ex art. 319-quater ovvero della corruzione, in cui la restituzione – del prezzo – da parte del P.U. o dell'incaricato di pubblico servizio finirebbe per avvenire nelle mani del privato interessato ovvero del corruttore.

Ci si chiede, in terzo luogo, quali siano i rapporti tra la riparazione commisurata al bene ingiustamente introitato di cui all'art. 322-quater c.p., la confisca ai sensi dell'art. 322-ter c.p. e la restituzione del comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p. giacché, in assenza di precisazioni legislative, non sembra esservi alcun dato testuale per escludere che tali misure – ovviamente per i reati che ricorrono in ciascuna delle disposizioni – concorrano.

Stando alle disposizioni a contenuto patrimoniale, infatti, l'imputato che vuole patteggiare dovrà prima restituire il bene (o eventualmente la somma di denaro) illegalmente introitato quale profitto o prezzo e, una volta avuto accesso al rito, a seguito della sentenza di patteggiamento, egli dovrà poi elargire una somma, a titolo di riparazione, pari al valore di quanto illegalmente percepito – che normalmente coinciderà proprio con quanto incamerato a titolo di prezzo o profitto – e si vedrà poi anche confiscare una somma equivalente al profitto o prezzo²⁵, ai sensi dell'art. 322-ter c.p.

²⁴ Sul punto, vedi par. 3.

²⁵ Giacché ciò che costituisce direttamente il profitto o il prezzo non sarà più nella sua disponibilità, avendolo restituito per accedere al rito.

²² Per una previsione analoga – quella di cui all'art. 12 della L. 47/48 per i reati commessi con la stampa – la Corte di Cassazione (Cass. pen., sez. 5, Sentenza n. 48712 del 26/09/2014) ha sancito che la riparazione pecuniaria ha natura di sanzione civilistica accessoria.

²³ Così il relatore in Commissione Giustizia al Senato, Senatore D'Ascola, il 4.3.2015 ribatteva alle perplessità circa la natura e la funzione della riparazione: «La riparazione pecuniaria in esame ha una funzione multipla in quanto, oltre a rispondere ad una finalità punitiva dal punto di vista sociale, è volta anche a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione in coerenza con i principi di cui all'articolo 97 della Costituzione, in quanto ogni pubblico ufficiale impegna, con il proprio operato, l'immagine dell'amministrazione di appartenenza».

Se questa è la scelta del legislatore, deve prendersi atto che essa è stata improntata alla volontà di “alzare il tiro” anche sotto il profilo patrimoniale e che, se non si dubiterà della legittimità di tale imponente scelta repressiva, non potrà ignorarsi che la novità potrebbe avere un riverbero fortemente dissuasivo rispetto al ricorso al patteggiamento, scoraggiandolo e diminuendo l’indubbia incidenza positiva di tale rito sull’efficienza del sistema, sia sotto il profilo dei tempi di definizione dei procedimenti che sui carichi dei tribunali²⁶.

Un’ultima riflessione attiene alla natura dell’istituto di nuovo conio: la norma sembra avere natura processuale e non sostanziale, giacché, da una parte, rappresenta una condizione di accesso al rito alternativo ed è collocata nel codice di rito e, dall’altra, pare essere scevra da profili esclusivamente sanzionatori, mirando non già e non tanto alla punizione del soggetto, ma al ripristino dell’equilibrio economico violato, garantendo effettività e celerità al momento restitutorio ed evitando che il soggetto-agente cumuli il beneficio di ritenere la somma illegalmente introitata e di beneficiare del rito premiale. Se tale classificazione fosse corretta, ne conseguirebbe un portato immediatamente tangibile in quanto, sulla base del principio *tempus regit actum*, essa sarebbe suscettibile di applicazione immediata.

5. Le modifiche – solo – in punto di pena e quelle sulle pene accessorie

La riforma è intervenuta, su alcune figure di reato, solo con un inasprimento sanzionatorio. Prima di dare conto di ciascun intervento, giova osservare che la novella, *in parte qua*, non pone alcuna questione di diritto intertemporale, giacché ovviamente l’assetto punitivo modificato *in peius* troverà applicazione, sotto il profilo della sanzione (aumentata) così come per quello della prescrizione (allungata), solo ai fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge.

Deve, altresì, precisarsi che, nel d.d.l. sulla prescrizione in corso di esame al Senato nel momento in cui il presente contributo viene licenziato, è previsto un allungamento della metà del termine ordinario di prescrizione per i reati di cui agli artt. 318, 319 e 319-ter c.p.

Decisamente contenuto l’incremento di pena per il **peculato**: fermo il minimo edittale di quattro anni²⁷, per la fattispecie di cui al comma primo, la reclusione è stata portata, nel massimo, da dieci a dieci anni e sei mesi di reclusione. La novella non ha comportato alcuna novità sotto il profilo processuale quanto a misure cautelari, arresto, fermo o intercettazioni, mentre ha leggermente “allungato” i termini prescrizionali, giacché quello ordinario è, ora, di dieci anni e sei mesi

e quello massimo, si incrementa da dodici anni e sei mesi a tredici anni, un mese e quindici giorni²⁸.

Quanto alla fattispecie ex art. 318 – la corruzione per l’esercizio della funzione – la novella ha comportato un incremento del massimo edittale da cinque a sei anni di reclusione

Resta intatta, invece, la struttura della fattispecie, che – si ricorda – era stata riformulata con la novella del 2012, per evitare di lasciare sfornite di copertura punitiva le pattuizioni aventi ad oggetto la compravendita non già solo di uno specifico atto, ma l’asservimento stabile del pubblico ufficiale al privato, al quale quest’ultimo corrisponda, più o meno continuativamente, denaro o altre prebende quale contropartita rispetto all’esercizio – passato, presente o futuro – dei suoi poteri in favore del privato medesimo.

In quest’ottica, dal testo era stato espunto qualsiasi riferimento alla “retribuzione” che presupponeva un rapporto sinallagmatico proporzionato tra corruttore e corrotto, che rimandava all’idea che alla dazione o alla promessa dell’utilità dovesse necessariamente corrispondere una controprestazione specifica rappresentata dall’atto, determinato o determinabile, da parte del soggetto qualificato.

Si ricorda che la Corte di Cassazione – Cass. pen., sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 19189 – si è pronunciata sul tema della successione di leggi tra il 318 c.p. *ante* e *post* legge Severino, negando che sussistesse, tra le due figure astratte, un fenomeno di *abolitio criminis*, ravvisando, viceversa, una successione meramente modificativa, ai sensi dell’art. 2, comma 4 c.p. Secondo la Corte, i fatti di corruzione per atto d’ufficio commessi prima della riforma del 2012, in quanto sicuramente rientranti nel più ampio ambito dell’esercizio delle funzioni, continuano ad essere punibili, ma con la pena in concreto più favorevole al reo (cioè quella del previgente art. 318 c.p., che prevedeva la reclusione da sei mesi a tre anni, laddove l’art. 318-*post* legge Severino commina una pena più elevata tanto nel minimo quanto nel massimo edittale, vale a dire la reclusione da uno a cinque anni).

È evidente che queste ultime considerazioni *quoad poenam* – essendo rimasta intatta la struttura del reato – potranno essere svolte anche laddove si comparino le norme *ante* legge Severino e quella – oggetto di ulteriore inasprimento sanzionatorio – dell’intervento normativo in commento, che non potrà trovare applicazione per i fatti commessi prima della sua entrata in vigore, sia quelli commessi prima che dopo il 28 novembre 2012.

Si diceva, la norma è stata aggiornata solo quanto alla pena, che è stata resa più severa.

L’aumento di un anno del massimo edittale, tuttavia, non ha inciso:

²⁶ Si ricordi la già menzionata possibilità di una confisca anche ai sensi dell’art. 12-*sexies* d.l. 306/92.

²⁷ Frutto dell’aumento del minimo di tre anni di reclusione *ex l.* 190/12.

²⁸ Il calcolo della prescrizione, per questo e per i reati che seguono, sarà effettuato facendo salvi i casi di cui all’art. 99 co. 2 e 4 e 101, 103 e 105 c.p., come previsto dall’art. 161 co. 2 c.p.

- sui termini prescrizionali (attestati prima e dopo la novella sul termine ordinario di sei anni e su quello massimo di sette anni e mezzo)²⁹,
- sulla possibilità di disporre intercettazioni – già consentite *ex art.* 266 co. 1 lett. b) c.p.p., trattandosi di reato contro la P.A.,
- sulla possibilità di eseguire l'arresto facoltativo *ex art.* 381 co. 1 c.p.p. ma non il fermo,
- sulla possibilità di applicare, per detta fattispecie, la misura cautelare della custodia in carcere, ad oggi prevista – a norma degli artt. 280 co. 2 e 276 co. 1 lett. c) c.p.p. – per reati puniti con una pena di almeno cinque anni nel massimo,
- sui termini delle misure cautelari.

L'inasprimento sanzionatorio, al contrario, escluderà la corruzione per l'esercizio della funzione dal novero dei reati per cui è possibile prosciogliere l'imputato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.; tale preclusione riguarda, tuttavia, solo i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della novella e non quelli antecedenti, puniti con una pena contenuta nei cinque anni di reclusione. In tali casi, infatti, dovrà prendersi atto della natura sostanziale dell'istituto del proscioglimento per particolare tenuità – che è una causa di non punibilità, la cui previsione è collocata all'interno del capo del codice penale dedicato alla commisurazione della pena –, come confermata dalla Suprema Corte³⁰. Ciò comporterà, ai sensi dell'art. 2 co. 4 c.p., la sua applicabilità alle corruzioni *ex art.* 318 c.p. commesse prima dell'entrata in vigore della novella alle quali, a norma della medesima disposizione codicistica sulla retroattività della *lex mitior*, si applicherà la cornice edittale più favorevole, a cui la possibilità del proscioglimento per speciale tenuità peraltro si associa quale parametro che corrobora la scelta della norma da applicare.

Per la **corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p.** l'inasprimento è stato più sostanzioso, in quanto la reclusione minima è stata portata da quattro a sei anni e quella massima da otto a dieci.

L'innovazione finisce per determinare, rispetto al trattamento *ante l.* 190 / 12³¹, un incremento addirittura del triplo nel minimo e del doppio nel massimo edittale, rappresentando concretamente il *trend* ingravescente del sistema repressivo nella materia. Se l'aggravamento sanzionatorio nulla innova per quanto concerne la possibilità di effettuare intercettazioni e su quella di applicare misure cautelari – ivi compreso il carcere –, sulla durata di queste ultime, sulla pos-

sibilità di arrestare il reo *ex art.* 381 co. 1 c.p.p. e di sottoporlo a fermo di indiziato di delitto – già prevista –, la prescrizione si allunga, passando da un termine ordinario di anni otto e massimo di anni dieci ad un termine rispettivamente di anni dieci ed anni dodici e mesi sei³².

Aumentate anche le pene per la **corruzione in atti giudiziari**, già oggetto di inasprimento in forza della legge Severino: la cornice edittale per l'ipotesi "base" è stata portata da quattro/dieci anni a sei/dodici anni di reclusione. Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la reclusione non sarà più da cinque a dodici anni ma da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena dovrà essere individuata nella forbice otto/venti anni invece che in quella sei/venti anni di reclusione.

Eloquente dell'indirizzo legislativo degli ultimi anni, che ha visto un generale irrobustirsi delle sanzioni, la circostanza che il minimo edittale sia raddoppiato e che il massimo edittale dell'ipotesi base sia lievitato, da prima dell'entrata in vigore della legge Severino, da otto a dodici anni di reclusione.

Niente cambia in materia di misure cautelari (possibili tutte le misure, compresa la custodia in carcere; intatti i termini) e precautelari (possibile l'arresto facoltativo *ex art.* 381 co. 1 c.p.p. per tutte le ipotesi, ad eccezione della più grave, per cui è imposto l'arresto obbligatorio; possibile il fermo) e di intercettazioni; quanto alla prescrizione, la riforma comporterà una prescrizione ordinaria di dodici anni ed una massima di quindici per l'ipotesi base e un termine ordinario di quattordici anni e massimo di diciassette anni e mezzo per la prima delle due ipotesi aggravate (quella che ha visto incrementato il massimo edittale)³³.

Significativo l'inasprimento sanzionatorio per l'**induzione indebita a dare o promettere utilità**, figura introdotta dalla legge Severino e che ha dato luogo a notevoli difficoltà interpretative, per la verità non ancora sopite. Giova ricordare, in questa sede, che l'ipotesi delittuosa dell'induzione indebita è frutto dello "spacchettamento" della concussione e dell'enucleazione di un'autonoma ipotesi di reato, con previsione della punibilità anche del privato indotto, sia pure con un quadro edittale assai più favorevole rispetto a quello previsto per il pubblico agente, ferma restando la punibilità *ex art.* 317 c.p. dei comportamenti non già induttivi, ma costringenti del PU³⁴.

²⁹ Si veda la nota n. 28.

³⁰ Si veda la nota n. 28.

³¹ Si ricorda che la difficoltà ermeneutica fondamentale, all'indomani dell'entrata in vigore della legge Severino, è stata quella di comprendere quale fosse il criterio discrezionale tra le due condotte; sul tema sono intervenute le SSUU della Corte di Cassazione che con la sentenza del 24.10.2013 n. 12228/14 dep. il 14.3.14 hanno statuito che:

– «il reato di cui all'art. 317 cod. pen., come novellato dalla legge n. 190 del 2012, è segnato dall'**abuso costringitivo del pubblico**

²⁹ Si ricorda il d.d.l. sulla prescrizione in esame al Senato, di cui vi è cenno nel testo.

³⁰ Cass. pen., sez. 3, 15 aprile 2015, n. 15449; in questo senso anche la relazione dell'Ufficio del Massimario Rel. n. III/02/2015 del 23 aprile 2015.

³¹ Laddove era prevista una pena da due a cinque anni di reclusione.

La pena edittale, con la legge in commento, è stata raddoppiata, per il P.U., nel minimo (da tre a sei anni) ed aumentata da otto a dieci anni e mezzo anni nel massimo. Nulla di nuovo quanto a misure precautelari (consentiti l'arresto facoltativo in flagranza *ex art.* 381 co. 1 ed il fermo), cautelari (consentite tutte; intatti i termini) ed intercettazioni. La prescrizione si incrementa da otto a dieci anni e mezzo quanto al termine ordinario e da dieci a tredici anni, un mese e quindici giorni quanto al termine massimo.

ufficiale, attuato mediante violenza o – più di frequente – mediante **minaccia, esplicita o implicita**, di un danno *contra ius*, da cui deriva una grave limitazione, senza tuttavia annullarla del tutto, della libertà di autodeterminazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebito»;

– «il reato di cui all'art. **319-quater cod. pen.**, introdotto dalla legge n. 190 del 2012, è designato **dall'abuso induttivo** del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno (purché quest'ultimo non si risolva in induzione in errore sulla doverosità della dazione), di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, **perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, il che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente** e lo rende meritevole di sanzione»;

– «nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita (la c.d. "zona grigia" dell'abuso della qualità, della prospettazione di un male indeterminato, della minaccia-offerta, dell'esercizio del potere discrezionale, del bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nel conflitto decisionale), i criteri di valutazione del danno antigiusuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti».

Per un commento si veda G.L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 marzo 2014; per una lettura critica della sentenza, si veda F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano*, cit., in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista trimestrale 3-4/2014: «Tutto resta affidato, ieri come oggi, al prudente apprezzamento del giudice nella valutazione del caso: come scrivono oggi le Sezioni Unite a proposito della distinzione 'interna' tra concussione e induzione, ricostruita anch'essa secondo le cadenze psicologizzanti di cui si è visto (e che fanno leva in ultima istanza sul nebuloso criterio dell'intensità della coazione), qualsiasi criterio di distinzione che possa essere elaborato in astratto "deve essere opportunamente calibrato, all'esito di una puntuale ed approfondita valutazione in fatto, sulla specificità della vicenda concreta, tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina". Un fiume di parole eleganti, dietro il quale si cela un messaggio semplice quanto sconfortato: se la veda il giudice di merito, secondo il suo personale senso di giustizia».

Va, infine, segnalato che la durata massima della pena accessoria dell'**incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione** di cui all'art. 32-ter c.p. è stata portata da tre a cinque anni e quella di cui all'art. 32-quinquies c.p. – **l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego** prevista in caso di condanna per i delitti di cui agli articoli 314 co. 1, 317, 318, 319, 319-ter, 319 co. 1 e 320 c.p. – è stata ricollegata a condanne per un tempo non inferiore a due anni (non più a tre anni). La pena accessoria della **sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte** – prevista dall'articolo 35 c.p. in caso di condanna non inferiore ad un anno di arresto per una contravvenzione commessa con abuso della professione o dell'arte o con violazione dei doveri ad essa inerenti – avrà come durata minima tre mesi anziché quindici giorni e come durata massima tre invece che due anni.

Occorre ricordare che la novella contiene, infine, anche una rimodulazione del trattamento sanzionatorio per **l'associazione per delinquere di stampo mafioso**.

La pena per la partecipazione ad un'associazione mafiosa passa, infatti, dalla cornice sette/dodici anni a quella dieci/quindici anni e per i ruoli verticistici, dal *range* nove/quattordici anni a quello dodici/diciotto anni.

Nel caso di associazione armata, si va dalla reclusione da nove a quindici anni a quella da dodici a venti anni per i partecipi e dalla reclusione da dodici a ventiquattro anni a quella da quindici a ventisei anni per i vertici.

Se si allungano, anche in questo caso, i termini di prescrizione, nessuna conseguenza processuale che immuti il regime precedente deriva dall'incremento di pena.

6. L'informativa all'Autorità nazionale anticorruzione

L'art. 129 disp. att. c.p.p. è stato novellato con la previsione della necessità, per il P.M., al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero in caso di arresto, fermo o sottoposizione a custodia cautelare³⁵, di informare il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione.

L'obbligo di informativa scatterà nei procedimenti per i reati di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis c.p. e, con essa, il P.M. dovrà dare notizia dell'imputazione.

È evidente che tale previsione sarà funzionale ai compiti preventivi affidati all'Autorità, in particolare servirà a fornirle le conoscenze indispensabili per dare luogo ad un'attività di vigilanza mirata e consapevole nelle realtà territoriali e nei settori in cui si sono verifi-

³⁵ L'obbligo, in caso di misure cautelari e precautelari, si ricava dal comma 3-bis della disposizione novellata.

cate alterazioni penalmente rilevanti della funzionalità della macchina amministrativa^{36, 37}.

7. Qualche riflessione conclusiva

Pur con i limiti di un contributo redatto all'indomani dell'approvazione della legge, qualche breve considerazione di chiusura sui profili strettamente penalistici è d'obbligo, anche tenendo conto delle osservazioni formulate nel parere reso dal *plenum* del C.S.M. il 20 maggio 2015³⁸.

Il sistema va, indubbiamente, verso un potenziamento degli strumenti repressivi a disposizione dello Stato³⁹ per incidere su ogni fenomeno che alteri la regolarità dell'attività amministrativa a beneficio – oltre che, eventualmente, dei privati beneficiati – di pubblici dipendenti infedeli.

L'inasprimento sanzionatorio indubbiamente colpirà più duramente gli agenti ed eviterà – *rectius* fronderà – la mannaia della prescrizione.

³⁶ Questa la *mission* dell'Autorità: «Il decreto legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, sopprimendo l'AVCP e trasferendo le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ha ridisegnato la missione istituzionale dell'ANAC. Questa può essere individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione. La chiave dell'attività della nuova ANAC, nella visione attualmente espressa è quella di vigilare per prevenire la corruzione creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e al contempo aumentare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, riducendo i controlli formali, che comportano tra l'altro appesantimenti procedurali e di fatto aumentano i costi della pubblica amministrazione senza creare valore per i cittadini e per le imprese».

³⁷ Per dovere di completezza, deve rimarcarsi che l'art. 8 della legge in commento ha interpolato l'art. 1 della L. 190/12, 1) potenziando i compiti dell'Autorità [(*f-bis*) esercita la vigilanza e il controllo sui contratti di cui agli articoli 17 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; 2) incrementando gli obblighi di comunicazione alla commissione in capo alle stazioni appaltanti [«Le stazioni appaltanti sono tenute altresì a trasmettere le predette informazioni ogni semestre alla Commissione di cui al comma 2»] ed al Giudice amministrativo [(*32-bis*. Nelle controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lettera e), dell'articolo 133 del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo trasmette alla Commissione ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza)].

³⁸ Il testo del parere è stato rivisto – rispetto a quello licenziato dalla sesta commissione – dopo il clamore giornalistico legato ad alcune espressioni contenute nella stesura originaria da proporre al *plenum*.

³⁹ Scettico rispetto all'inasprimento repressivo come strumento di contrasto alla corruzione F. PALAZZO, Contributo, cit.

Non solo.

La prospettiva di una riduzione di pena⁴⁰ potrebbe teoricamente invogliare ad una collaborazione con l'A.G., anche se, sul punto, non può ignorarsi che vi potrebbe essere una spinta di segno inverso che lascia meno ottimisti sui risvolti positivi della norma. Il propalante – si pensi al privato corruttore o indotto – potrebbe, infatti, scegliere la strada del silenzio, temendo di pagare lo scotto della sterilizzazione di ogni sua futura possibilità di operare in un sistema eventualmente rimasto – come sovente accade, non riuscendo l'azione giudiziaria ad eradicare il fenomeno – permeato dalla corruttela.

I responsabili subiranno anche pesanti conseguenze sotto il profilo economico, che si vanno ad aggiungere – tuttavia con non pochi problemi di coordinamento – al sistema della confisca per equivalente già idoneo a colpirne i loro patrimoni, e vedranno esclusa la possibilità di accedere a definizioni concordate del procedimento senza prima aver restituito il maltolto⁴¹.

Sul piano strettamente tecnico, non si può tacere, tuttavia, che la proliferazione degli strumenti di aggressione patrimoniale potrà creare non poche difficoltà ermeneutiche e che essa potrebbe dare l'impressione di una risposta sanzionatoria a tratti ipertrofica, nonché priva del necessario coordinamento interno alla riforma e con gli strumenti repressivi già a disposizione; le prospettive di definizione con patteggiamento ed i benefici sul sistema giudiziario che ne derivano, poi, saranno inevitabilmente compressi.

Quanto al “non fatto”, è interessante ricordare che il C.S.M. ha evidenziato alcuni aspetti problematici, che vanno dall'assenza di interventi sull'attuale assetto normativo che possano garantire la possibilità di svolgere indagini sui capitali rientrati dall'estero (legge 15.12.2014 n. 186) per riciclaggio, «per cui molte condotte (transazioni economiche legate a vicende corruttive) restano opache», alla mancanza di strumenti atti al contrasto del fenomeno corruttivo rispetto a procedure di tipo privatistico (allorché privati svolgano servizi d'interesse pubblico) e di interventi tesi ad una rimodulazione della corruzione tra privati. L'organo di autogoverno ha ritenuto, infine, auspicabile l'estensione dell'istituto dell'agente provocatore – già previsto per la criminalità organizzativa e per la repressione del traffico di stupefacenti – alla materia dei reati contro la pubblica amministrazione – e la previsione dell'interdizione perpetua obbligatoria e non sospendibile per ogni fattispecie corruttiva⁴².

⁴⁰ Positivo il giudizio sul punto del Plenum del C.S.M.

⁴¹ Ugualmente positivo il giudizio dell'organo di autogoverno sugli aspetti patrimoniali, segnatamente su quello riguardante la condizione di ammissibilità al patteggiamento.

⁴² Così conclude, sul d.d.l. anticorruzione, il C.S.M.: «Conclusivamente, ad avviso del Consiglio superiore della magistratura, solo una determinazione senza riserve ed una azione coordinata di tutte le risorse dello Stato possono invertire una deteriorata tendenza alla dissipazione della cosa pubblica che influisce in manie-

Alle mancanze evidenziate dall'organo di autogoverno si aggiunge un'altra riflessione, molto sentita dagli operatori del sistema giudiziario che si trovano, talvolta, di fronte a criticità interpretative di non poco momento. In effetti, concentrando l'attenzione sul momento squisitamente repressivo, si è persa l'occasione di una chiarificazione definitiva, ad opera del legislatore, del *discrimen* tra corruzione, induzione indebita e concussione, che potesse evitare incertezze interpretative – e conseguenti applicazioni differenziate legate non già alla fisiologica autonomia di giudizio di ciascun giudice, ma alle difficoltà ermeneutiche delle norme – ormai storiche, acuitatesi dopo la legge Severino e francamente non chiarite, nonostante gli sforzi, dall'opera della giurisprudenza successiva⁴³.

Norme di riferimento

CODICE PENALE

Art. 32-ter. Incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione

L'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione importa il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Essa non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a cinque anni.

Art. 32-quinquies. Casi nei quali alla condanna consegue l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego.

Salvo quanto previsto dagli articoli 29 e 31, la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per i delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, e

320 importa altresì l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego nei confronti del dipendente di amministrazioni od enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica.

Art. 35. Sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte

La sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte priva il condannato della capacità di esercitare, durante la sospensione, una professione, arte, industria, o un commercio o mestiere, per i quali è richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza dell'autorità.

La sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte non può avere una durata inferiore a tre mesi, né superiore a tre anni.

Essa consegue a ogni condanna per contravvenzione, che sia commessa con abuso della professione, arte, industria, o del commercio o mestiere, ovvero con violazione dei doveri ad essi inerenti, quando la pena inflitta non è inferiore a un anno d'arresto.

Art. 165. Obblighi del condannato

La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna.

La sospensione condizionale della pena, quando è concessa a persona che ne ha già usufruito, deve essere subordinata all'adempimento di uno degli obblighi previsti nel comma precedente.

La disposizione del secondo comma non si applica qualora la sospensione condizionale della pena sia stata concessa ai sensi del quarto comma dell'articolo 163.

Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno.

ra pregiudizievole ed apparentemente ineluttabile sui meccanismi di funzionamento dello Stato fino a metterne in discussione gli stessi fondamenti di legittimazione democratica, rafforzando forme differenti di crimine organizzato e indebolendo radicalmente il tessuto di solidarietà indispensabile a mantenere i vincoli di cittadinanza enucleati nella Costituzione. In questa prospettiva i segnalati positivi interventi del d.d.l. 19 potrebbero essere opportunamente integrati da specifiche misure peraltro ampiamente indicate dalle fonti internazionali sopra menzionate».

⁴³ Per una valutazione del disegno di legge *in itinere*, si veda F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano*, cit., in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista trimestrale 3-4/2014: «Ne risulterebbe, a conti fatti, una 'riforma della riforma' in definitiva assai meno radicale di quanto desiderato da taluni (anche tra i proponenti dei disegni di legge poi confluiti nel testo unificato). Una riforma che – pur venendo incontro oggettivamente alla esigenza, tante volte ribadita in sede internazionale, di evitare l'assurdità della morte anticipata per prescrizione di processi già conclusi con una sentenza di condanna per corruzione – non toccherebbe, però, quello che a mio avviso è il nodo di fondo del sistema italiano di contrasto alla corruzione, legato all'esistenza di un intrico di norme (ora ancor più complicato che in passato, in seguito alla riforma del 2012) che si intersecano e si sovrappongono sugli stessi fatti concreti, rendendo largamente imprevedibile la decisione giudiziale».

Il giudice nella sentenza stabilisce il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti.

Art. 314. Peculato

*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di danaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro **anni** a dieci anni e sei mesi.*

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.

Art. 317. – (Concussione). – *Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni.*

Art. 318. Corruzione per l'esercizio della funzione.

Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni.

Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni.

Art. 319-ter. Corruzione in atti giudiziari

Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni.

Art. 319-quater. Induzione indebita a dare o promettere utilità.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi.

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.

Art. 322-quater. – (Riparazione pecuniaria). – *Con la sentenza di condanna ovvero con la sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.*

Art. 323-bis. Circostanze attenuanti.

Se i fatti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-quater, 320, 322, 322-bis e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite.

Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi.

Art. 416-bis. Associazione di tipo mafioso.

Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci a quindici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dodici a diciotto anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della

finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

CODICE DI PROCEDURA PENALE

Art. 444. Applicazione della pena su richiesta

1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

1-bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, (2) 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, (3) nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

1-ter. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322-bis, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

2. Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte

civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3.

3. La parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia, alla concessione della sospensione condizionale della pena. In questo caso il giudice, se ritiene che la sospensione condizionale non può essere concessa, rigetta la richiesta.

Art. 129 disp. att. Informazioni sull'azione penale.

1. Quando esercita l'azione penale nei confronti di un impiegato dello Stato o di altro ente pubblico, il pubblico ministero informa l'autorità da cui l'impiegato dipende, dando notizia dell'imputazione. Quando si tratta di personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica, ne dà comunicazione anche al comitato parlamentare per i servizi di informazione e sicurezza e per il segreto di Stato.

2. Quando l'azione penale è esercitata nei confronti di un ecclesiastico o di un religioso del culto cattolico, l'informazione è inviata all'Ordinario della diocesi a cui appartiene l'imputato.

3. Quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la Corte dei conti, dando notizia della imputazione.

Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia della imputazione.

3-bis. Il pubblico ministero invia la informazione contenente la indicazione delle norme di legge che si assumono violate anche quando taluno dei soggetti indicati nei commi 1 e 2 è stato arrestato o fermato ovvero si trova in stato di custodia cautelare.

Valeria Bove
Giudice del Tribunale di Napoli

NOVITÀ
LEGISLATIVE

La non punibilità per particolare tenuità del fatto ed il (mancato) rispetto della legge delega

Con il decreto legislativo 16 marzo 2015, nr. 28, entrato in vigore il 2 aprile 2015 e recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, è stata esercitata (una parte) della delega contenuta all'articolo 1, comma 1 - lettera m) - della legge 28 aprile 2014, nr. 67 in materia di pene detentive non carcerarie. L'autrice, nell'analizzare lo schema del decreto legislativo, le modifiche codice penale e quelle processuali, nonché i principi e la ratio che connotano la nuova causa di esclusione della punibilità, si interroga sul rispetto della legge delega ed arriva alla conclusione che, in alcune disposizioni di dettaglio, il legislatore delegato è probabilmente andato oltre e che il rischio di un eccesso di delega è in agguato.

sommario

1. La delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie ed il d.lgs. 16 marzo 2015, nr. 28. – 2. Natura e finalità della nuova causa di non punibilità. – 3. L'art. 131-*bis* c.p.: i casi, i presupposti e le preclusioni. – 4. L'archiviazione per particolare tenuità del fatto. – 5. Non luogo a procedere e proscioglimento prima e dopo il dibattimento. – 6. L'eliminazione della modifica all'art. 129 c.p.p. – 7. La mancanza di una norma transitoria e l'immediata applicabilità ai procedimenti in corso – Norme di riferimento.

1. La delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie ed il d.lgs. 16 marzo 2015, nr. 28

La legge 28 aprile 2014, nr. 67, in vigore dal 17 maggio 2014, contemplava al capo I due deleghe al Governo: la prima, prevista all'art. 1, in materia di pene detentive non carcerarie; la seconda, all'art. 2, per la riforma della disciplina sanzionatoria e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili. Immediatamente applicabili erano invece le disposizioni previste al capo II (artt. 3-8) sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e quelle di cui al capo III (artt. 9-15) sulla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili.

Nell'ambito della prima delega, quella in materia di pene detentive non carcerarie, veniva stabilito, all'art. 1, co. 1, lettera m), che il Governo adottasse uno o più decreti legislativi nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: «escludere la punibilità di

condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale».

La delega in questione è stata esercitata con il d.lgs. 16 marzo 2015, nr. 28, pubblicato sulla Gazz. Uff. n. 64 del 18 marzo 2015 ed entrato in vigore il 2 aprile 2015.

Cinque gli articoli che compongono il decreto legislativo e che prevedono modifiche al:

- **Codice penale**, mediante l'inserimento, nell'ambito del titolo V («Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena») e del Capo I («Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena») del nuovo **art. 131-*bis* c.p.** («**Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto**»).
- **Codice di procedura penale**, da un lato, attraverso le modifiche al primo comma e l'introduzione del comma 1-*bis* dell'**art. 411 c.p.p.** («**Altri casi di archiviazione**»); dall'altro, attraverso l'introduzione dell'**art. 469 co. 1-*bis* c.p.p.** («**Proscioglimento prima del dibattimento**») e dell'**art. 651-*bis* c.p.p.** («**Efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno**»).
- **d.P.R. 14 novembre 2002, nr. 313** – testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti – mediante la modifica dell'art. 3, co. 1, lett. f) e mediante l'introduzione della lett. d-*bis*) dell'art. 5, co. 2; della lett. f-*bis*) dell'art. 24, co. 1; della lett. f-*bis*) dell'art. 25, co. 1 cit.

2. Natura e finalità della nuova causa di non punibilità

L'inquadramento sistematico delle norme introdotte con il d.lgs. cit. consente di comprendere natura, portata e finalità del nuovo istituto.

15
maggio
giugno

La collocazione dell'art. 131-*bis* c.p. nel capo I, Titolo V del libro I del codice penale porta infatti a ritenere che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto presuppone l'esistenza di un reato, giudizialmente accertato in tutte le sue componenti, oggettive e soggettive, rispetto al quale il legislatore ritiene di escludere la sola punibilità e quindi di non applicare ed eseguire la pena.

Tanto si ricava dalla circostanza che il titolo in questione, fino all'intervento del legislatore delegato, contemplava solo ed esclusivamente i casi di modifica, applicazione ed esecuzione della pena, relativamente dunque ad un reato la cui sussistenza è stata giudizialmente accertata e rispetto al quale il giudice, nei limiti fissati dalla legge, è chiamato ad applicare la pena, esercitando un potere discrezionale ma non arbitrario; a seguito della entrata in vigore del decreto legislativo citato, una volta ritenuta la sussistenza del fatto, la sua illiceità penale e la riferibilità all'imputato, il giudice non dovrà procedere ad applicare la pena, qualora dovesse ritenere che il fatto giudizialmente accertato sia particolarmente tenue e risulti, come tale, non punibile.

Assume dunque rilevanza la tenuità del fatto che, si badi bene, è cosa diversa rispetto alla inoffensività di esso, presupponendo al contrario che il fatto sia offensivo, ma che quel tipo di offesa possa essere in concreto ritenuta di particolare tenuità.

In altri termini, le componenti essenziali del reato esistono tutte e ciò nonostante il legislatore ritiene di non dover applicare alcuna pena e quindi di escludere la punibilità, purché, come si vedrà, sussistano determinati presupposti e condizioni.

L'introduzione del co. 1-*bis* dell'art. 411 c.p.p. («Altri casi di archiviazione»), in uno alla modifica del comma 1 dell'articolo citato, nonché l'introduzione del co. 1-*bis* dell'art. 469 c.p.p. («Proscioglimento prima del dibattimento») individua quella che, secondo il legislatore, dovrebbe essere la sede e la fase propria per la dichiarazione di esclusione della punibilità: la fase delle indagini preliminari e fino al momento conclusivo degli atti preliminari al dibattimento, anche se, come si vedrà, il legislatore contempla anche, seppur indirettamente e senza una disciplina processuale *ad hoc*, il proscioglimento dell'imputato in ogni fase del giudizio di primo grado e, verosimilmente, anche in gradi di giudizio successivi.

Un'interpretazione in questo senso è in linea anche con le finalità che connotano la legge nr. 67/2014, principalmente nella parte contenente le deleghe al Governo, ossia quelle deflattive, che sono tanto più assicurate, quanto più si eviti di rinviare a giudizio e quindi di celebrare lunghi e farraginosi processi in ordine a fatti rispetto ai quali il legislatore ritiene inopportuna la risposta sanzionatoria dello Stato.

Finalità deflattive, dunque, ma anche rispetto del principio di proporzionalità e della pena come

extrema ratio, irrogabile sono per fatti che meritino questo tipo di sanzione¹.

Il legislatore, infatti, non ha, sotto mentite spoglie ed in via di fatto, introdotto una forma di indulto o di depenalizzazione, lasciata all'arbitrio del giudice: come si vedrà, perché possa essere ritenuta esistente la causa di esclusione della punibilità è necessaria la sussistenza di determinate condizioni (e l'insussistenza di altre) ed è richiesto che sul punto si sviluppi (o che si creino le condizioni perché si sviluppi) il contraddittorio fra le parti interessate, persona indagata e persona offesa, la quale, in ogni caso ed in separata sede (ossia nel giudizio civile o amministrativo), avrà diritto alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

In questo senso, la puntuale attuazione della delega nella parte in cui veniva stabilito che non vi dovesse essere pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno si è sostanziata nel prevedere che la persona offesa possa (e debba) interloquire, nella fase delle indagini preliminari, in ordine al riconoscimento della causa di non punibilità, e possa comunque giovare della sentenza irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno, statuendo espressamente il legislatore che in tali sedi essa abbia efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale ed in ordine all'affermazione che l'imputato lo abbia commesso.

In un'ottica deflattiva, nel rispetto del principio di proporzionalità, della *extrema ratio* della sanzione penale e senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno, viene quindi in rilievo con la particolare tenuità del fatto una causa di esclusione della punibilità che ha **natura sostanziale**, che andrebbe pronunciata nella fase delle indagini preliminari, o comunque in una fase in cui sia garantito in ogni caso il contraddittorio tra le parti, e da cui discende un pregiudizio giuridico per la persona indagata/imputata: da un lato, qualora sia emessa sentenza di proscioglimento all'esito del dibattimento, l'efficacia di giudicato che essa ha nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; dall'altro, qualunque contenuto abbia il provvedimento giudiziario definitivo che ha dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., la sua iscrizione nel casellario giudiziale, che potrà essere eliminata solo quando saranno trascorsi dieci anni dalla pronuncia e che, in ogni caso, non viene riportata nel certificato, generale o penale, del casellario giudiziale richiesto dall'interessato (in questi termini, la modifica al d.P.R. 14 novembre 2002, nr. 313 cit.).

¹ In questo senso si è espressa S. RICCIO al Convegno *La particolare tenuità del fatto. Problematiche interpretative e prassi applicative*, Napoli, 28 aprile 2015.

3. L'art. 131-bis c.p.: i casi, i presupposti e le preclusioni

I casi in cui un fatto può essere ritenuto di particolare tenuità, nonché i presupposti e le preclusioni alla declaratoria di esclusione della punibilità, sono individuati dall'art. 131-bis c.p. («Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto») ed essi si possono così sinteticamente accorpate:

- **Primo limite oggettivo** – legato alla gravità del reato e quindi alla pena edittale – è dato dalla circostanza che la causa di esclusione della punibilità può essere ritenuta solo «nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena». Su questo aspetto, a ben vedere, vi è stata una piena attuazione della legge delega, che individuava, quale ambito di applicazione, le condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni. L'ambito di applicazione è tuttavia destinato, in concreto, a restringersi in quanto, ai fini della determinazione della pena detentiva, si dovranno considerare le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, ed in quest'ultimo caso non si potrà tener conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69 c.p. La circostanza che siano stati precisati i criteri di determinazione della pena detentiva (a differenza di quanto è stato fatto per i casi di sospensione del procedimento con messa alla prova, in cui manca una norma specifica sul punto e né sembrano applicabili le regole fissate dall'art. 4 c.p.p., o dall'art. 157 c.p.p. o dall'art. 278 c.p.p.) e, soprattutto, che sia stata data irrilevanza al giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p. merita forse qualche riflessione, che non può prescindere da un rilievo: l'irrilevanza del giudizio di bilanciamento è frutto di un colpo di coda del Consiglio dei Ministri, realizzato il 12 marzo 2015 in sede di deliberazione in via definitiva, non facendosene menzione alcuna nel testo di legge licenziato dalle Commissioni parlamentari (Atto del Governo n. 130).

Ebbene, questo “inserimento” appare foriero di problematiche.

In premessa va chiarito che la valutazione sulla rilevanza della particolare tenuità del fatto non segue alcun automatismo, ma va condotta dal giudice, come si vedrà, in concreto, ed **imbrigliare la decisione, imponendogli di non tener conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69 c.p., appare a parere di chi scrive in contrasto con lo spirito della legge delega e più in generale con la ratio della normativa.** Se infatti il giudice ha ritenuto che le circostanze attenuanti vadano bilanciate con le aggravanti, in un giudizio di prevalenza o anche semplicemente di equivalenza, non si comprende per quale motivo di tale bilanciamento non si possa tenere

conto in sede di riconoscimento della particolare tenuità del fatto, ossia quando, in concreto, quel medesimo giudice dovrebbe procedere ad irrogare la pena, che non verrà applicata per la sussistenza di una specifica causa che esclude la punibilità. In altri termini, tenuto per altro conto che il legislatore delegante non si era pronunciato sui criteri di determinazione della pena (e ciò nonostante, quanto operato dal legislatore delegato restringe, e notevolmente, l'ambito di applicazione della causa di non punibilità) appare in ogni caso in contrasto, oltre che con la delega anche con il sistema, considerare irrilevante, all'atto dell'applicazione delle pene, il giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p., cui è costretto il giudice quando ritiene sussistente la particolare tenuità del fatto.

- **Secondo limite oggettivo** è dato dalla particolare tenuità dell'offesa, come per altro previsto nella legge delega. Ed in questo caso il legislatore delegato ha fissato i parametri in base ai quali si arriva a ritenere l'offesa di particolare tenuità e lo ha fatto – forse molto opportunamente – ancorando il giudizio da parte dei decisori alle modalità della condotta ed alla esiguità del danno o del pericolo, precisando che, anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante, la non punibilità non è esclusa. In tal modo, ancorando il giudizio al fatto in concreto, si rispetta il principio di proporzionalità ed al tempo stesso si fuga il rischio di una generalizzata depenalizzazione. Diventa dunque importante, per il giudice, soffermarsi sulle specifiche modalità della condotta, così come appare necessario non esimersi da una valutazione della portata del danno o, nel caso di condotte di mero pericolo, del pericolo stesso. Per altro il legislatore delegato ha fissato anche i parametri cui il giudice deve fare riferimento nella valutazione delle modalità della condotta e della portata del danno o del pericolo: quelli generali di cui all'art. 133 co. 1 c.p., ossia esercitando il potere discrezionale, ancorato alla gravità del reato. Ciò rende, a maggior ragione, concreto e specifico il giudizio sulla particolare tenuità del fatto e dovrebbe portare a ritenere non ammissibile un giudizio svolto in astratto e per tipologia di reato, che, per converso, è stato previsto all'art. 131-bis co. 2 c.p.

Dove infatti il legislatore esorbita dalla delega e si “inventa” un limite oggettivo che in essa non esisteva e che va oltre i parametri valutativi discrezionali rispettosi del principio di proporzionalità, è nella parte in cui si stabilisce che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

A parte la circostanza che l'individuazione di una serie di reati per i quali viene ritenuta esclusa la tenuità del fatto è frutto di quello stesso un colpo di coda (del 12 marzo 2015) attuato al momento dell'approvazione definitiva del testo da parte del Consiglio dei Ministri (L'Atto del Governo nr. 130 non la contemplava), appare evidente che con essa **il legislatore delegato ha abbandonato il principio della proporzionalità e della valutazione in concreto del fatto ed è andato ben oltre gli ambiti fissati dal legislatore delegante**, lasciando fondatamente ventilare il vizio di eccesso di delega². D'altronde, le esclusioni *ex lege* della tenuità dell'offesa riecheggiano un legiferare per presunzioni che risulta poco congeniale al sistema penale, come dimostrato dalle molteplici prese di posizione della Corte Costituzionale, in materia di divieto di prevalenza di circostanze attenuanti sulle aggravanti, oppure in relazione alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per determinati reati.

In definitiva, il giudizio sulla particolare tenuità dell'offesa postula una valutazione ancorata al fatto e condotta in concreto e – stando all'iniziale volontà del legislatore delegante – non avrebbe dovuto incontrare limiti nella sua applicazione, se non quelli ancorati alla pena edittale: di qui il vizio di aver previsto una catalogazione, in via astratta e generale, dei reati in relazione ai quali potrebbe essere esclusa la punibilità per particolare tenuità del fatto (così come, non diversamente, deve ritenersi inopportuna l'elaborazione da parte di uffici giudiziari di linee guida in ordine alla individuazione di categorie di reati per i quali si possa astrattamente ritenere la particolare tenuità del fatto).

• **Ulteriore limite oggettivo** è dato dalla non abitualità del comportamento e tale limite, rispondente ai principi fissati dal legislatore delegante, viene riempito di contenuti dal legislatore delegato, essendo stato precisato che il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

La prima precisazione (autore dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza) non dà luogo a problemi interpretativi, stante gli inequivoci riferimenti normativi, ed appare in linea con i limiti fissati dal legislatore anche in altri istituti (si pensi alla messa alla prova); occorre invece soffermarsi sugli altri parametri cui il giudice deve riportarsi nella valutazione sulla non abitualità. La commissione di più reati

della stessa indole si presta infatti ad interpretazioni non univoche, a seconda che si dia rilievo alla circostanza che essi siano già stati giudicati e quindi integrità precedenti penali (nel qual caso va valutato se debbano o meno essere della stessa indole del reato per il quale si procede), o siano contestati nell'ambito di un unico procedimento, nel quale si chiede l'applicazione della causa di esclusione della punibilità. Ebbene se da un lato appare coerente – anche alla luce della rilevanza attribuita alla declaratoria di abitualità, di professionalità e per tendenza nel reato – dare rilievo non già alla recidiva semplice, ma alla recidiva, reiterata e specifica, con la conseguenza di non potersi ritenere il comportamento abituale, se l'autore ha commesso anche numerosi reati, ma di indole diversa rispetto a quello per il quale si procede o se ha commesso un unico reato, ma della stessa indole rispetto a quello per il quale si procede; è pur vero, dall'altro, che la disposizione in esame contiene un inciso («anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità») che difficilmente è verificabile rispetto ai reati che costituiscono precedenti penali.

In altri termini, e diversamente da quanto si potrebbe pensare ad una prima lettura della disposizione, il riferimento contenuto nell'inciso – ed il mancato richiamo espresso all'art. 99 c.p. – lascia fondatamente ritenere che **il legislatore non abbia inteso dare rilevanza alla recidiva, neanche a quella eventualmente reiterata o specifica**, non essendo il giudice che procede in grado di valutare la particolare tenuità dei fatti che integrano i precedenti penali (egli rileva dal certificato del casellario giudiziale unicamente il titolo di reato e la pena inflitta e non può addentrarsi nella valutazione sulle modalità della condotta e l'esiguità del danno). Al contrario ed alla luce di quanto detto, deve ritenersi che il legislatore ha voluto dare rilievo **unicamente ai fatti che siano contestati nell'ambito del medesimo procedimento** in cui dovrebbe sussistere la causa di esclusione della punibilità, essendo essi gli unici sui quali il giudice può compiere quel vaglio sulla particolare tenuità che è richiesto dalla disposizione normativa.

Seguendo questa interpretazione, la recidiva reiterata e specifica non sarebbe automaticamente preclusiva al riconoscimento della particolare tenuità del fatto. Parimenti, sempre adottando un'interpretazione di questo genere, si arriverebbe a ritenere che le «condotte plurime, abituali e reiterate» non sarebbero quelle già giudicate con sentenze passate in giudicato e quindi emergenti dai precedenti iscritti al casellario giudiziale, bensì quelle contestate nell'ambito del procedimento in cui si chiede di valutare la sussistenza della particolare tenuità del fatto.

4. L'archiviazione per particolare tenuità del fatto

La sede naturale in cui dovrebbe essere data rilevanza alla particolare tenuità del fatto quale causa di

² In questo senso si sono anche espressi L. DELLA RAGIONE al convegno *Le recenti riforme del sistema penale, deflazione giudiziaria e nuove occasioni di risocializzazione*, Torre Annunziata, 27.03.2015 e V. MAIELLO al Convegno *La particolare tenuità del fatto. Problematiche interpretative e prassi applicative*, Napoli, 28.04.2015.

esclusione della punibilità è, in un'ottica di economia processuale e quindi deflattiva, quella delle indagini preliminari. Ed infatti è in questo ambito che il legislatore delegato è intervenuto con una disciplina di dettaglio.

In primo luogo, modificando l'art. 411 c.p.p., in tal modo prevedendo che oltre alle ipotesi di archiviazione per infondatezza del reato, per mancanza della condizione di procedibilità, per estinzione del reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, sia possibile anche giungere alla archiviazione perché «la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* c.p. per particolare tenuità del fatto».

Le modalità con le quali arrivare a tale tipo di pronuncia sono invece fissate dal nuovo comma 1-*bis* del citato articolo.

Il pubblico ministero, qualora intenda proporre richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto è tenuto a darne avviso sia alla persona sottoposta alle indagini che alla persona offesa e le ragioni appaiono evidenti: il legislatore vuole, da un lato, garantire il contraddittorio in una fase, quella delle indagini preliminari, in cui esso è eventuale; da un altro, vuole che della richiesta sia avvisata oltre alla persona offesa, anche l'indagato e ciò per la semplice ragione che un eventuale accoglimento dell'istanza implicherebbe, nell'immediato, l'iscrizione nel certificato del casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione (mentre l'indagato potrebbe avere interesse ad evitare tale tipo di iscrizione ed ottenere invece una archiviazione "piena", senza ulteriori effetti).

Una volta avvisate le parti, nessuna delle due ha un potere di veto rispetto alla richiesta, ma solo la possibilità di prendere visione degli atti e presentare opposizione: tale opposizione va proposta nel termine di dieci giorni e, a pena di inammissibilità, in essa vanno indicate le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta.

Con riferimento all'opposizione sorge una prima questione che investe il termine per la sua proposizione. Sotto questo profilo, va rilevato che l'inciso «a pena di inammissibilità» è contenuto nella parte relativa all'indicazione delle ragioni del dissenso, e tale collocazione non può che portare a ritenere che nell'opposizione vadano indicate le ragioni del dissenso e che ciò vada fatto a pena di inammissibilità (per cui, ove esse non vengano esplicitate con l'opposizione, il giudice per le indagini preliminari dovrà dichiararla inammissibile, provvedere senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronunciare decreto motivato). Ebbene, quando il legislatore ha indicato il termine di dieci giorni per la proposizione della opposizione non ha precisato se tale termine sia a pena di inammissibilità, e ciò può ragionevolmente portare a ritenere che esso non sia perentorio: il che non significa che, una volta dato avviso alle parti, il pubblico ministero debba attendere *sine die*; egli al contrario potrà trasmettere

al giudice per le indagini preliminari la richiesta di archiviazione non appena decorsi dieci giorni dall'ultima notifica, ed una delle parti potrebbe presentare, decorso tale termine ma prima del provvedimento giudiziario (di accoglimento o di rigetto della richiesta), la propria motivata opposizione, senza correre il rischio per ciò solo di vedersela dichiarare inammissibile.

Se l'opposizione non viene proposta, il giudice procede senza formalità e, ove accolga la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato.

Diverso è il caso in cui sia stata proposta opposizione, aprendosi per il giudice due strade. Se nell'opposizione non sono state indicate le ragioni del dissenso, e quindi se l'opposizione non è ammissibile, allora la disciplina sarà la stessa di quella prevista per la mancata opposizione: il giudice procede senza formalità e, ove riterrà di accogliere la richiesta, pronuncia decreto motivato.

Per converso, se nell'opposizione sono state indicate le ragioni del dissenso e quindi se essa non è inammissibile, il giudice dovrà procedere a norma dell'art. 409 co. 2 c.p.p. e quindi dovrà fissare la data dell'udienza in camera di consiglio, facendone dare avviso a tutte le parti e, dopo aver sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvederà in questo caso con ordinanza. Deve ritenersi che il vaglio che il giudice deve compiere sulla ammissibilità o meno dell'opposizione investa solo ed esclusivamente l'indicazione (o meno) delle ragioni del dissenso, trattandosi degli unici presupposti richiesti a pena di inammissibilità: ne consegue che ogni qual volta l'opposizione sia completa delle ragioni del dissenso, il giudice non può fare altro che fissare udienza senza poter vagliare la fondatezza dell'opposizione e senza poter decidere informalmente con decreto.

Il legislatore contempla anche l'ipotesi in cui, a prescindere dalla proposizione o meno della richiesta, il giudice ritenga di non accogliere la richiesta: in questo caso restituirà gli atti al pubblico ministero, eventualmente indicando con ordinanza le nuove ulteriori indagini ritenute necessarie (e fissando il termine indispensabile per il loro compimento) o ordinerà la cd imputazione coatta.

In conclusione, nella fase delle indagini preliminari l'attenzione del legislatore si è concentrata per la massima parte a garantire il contraddittorio tra le parti, e, pur non essendo stato riconosciuto a nessuna di esse un diritto di veto, si è imposto al giudice, in caso di presentazione di un'opposizione ammissibile, di fissare udienza, sentire le parti e quindi provvedere con ordinanza. **In concreto questo meccanismo potrebbe non far decollare la nuova causa di esclusione della punibilità:** a fronte infatti della prospettiva di avvisare tutte le parti (e si pensi alle difficoltà che possono, per esempio, sorgere se la persona offesa è straniera senza permesso di soggiorno) e di celebrare udienze camerale anche quando la persona offesa non ha chiesto espres-

samente di essere avvisata, può essere possibile che si preferisca percorrere strade diverse ed alternative (si pensi alla richiesta di emissione del decreto penale di condanna o alla richiesta di oblazione) che garantirebbero comunque un effetto deflattivo e, a conti fatti, arriverebbero a risultati parificabili.

5. Non luogo a procedere e proscioglimento prima e dopo il dibattimento

L'avviso alle parti è altresì necessario qualora, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, vi siano gli estremi per pronunciare sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto.

Per converso, nessun onere di dare avviso delle parti sembra incombere sull'autorità giudiziaria qualora venga celebrata udienza preliminare o dibattimentale.

La *ratio* appare evidente: in tutti i casi di celebrazione delle udienze preliminari e dibattimentali il contraddittorio è implicitamente garantito dall'avviso di fissazione dell'udienza, cui tutte le parti hanno diritto; nel primo caso, esso va garantito dando avviso alla persona offesa che, altrimenti ed applicando le norme relative al proscioglimento prima del dibattimento, non verrebbe a conoscenza della fissazione dell'udienza e non potrebbe quindi intervenire.

La fase successiva alle indagini preliminari non ha subito modifiche procedurali, se non quelle relative agli atti preliminari al dibattimento (e dunque alle modalità di proscioglimento predibattimentali) e più in generale alla efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, pur se il legislatore del testo legislativo entrato in vigore (quello approvato il 12 marzo 2015) non ha ommesso di incidere anche in questo ambito.

Sono state quindi contemplate alcune modifiche al codice di procedura penale al fine di realizzare quel coordinamento processuale statuito nella legge delega (ove si prevedeva che il legislatore delegato intervenisse «adeguando la relativa normativa processuale penale»).

In primis, l'aggiunta del comma 1-*bis* all'art. 469 c.p.p. e dunque la modifica procedurale relativa alla fase degli atti preliminari al dibattimento: quando non è necessario procedere al dibattimento ed il giudice ritenga che sussistano gli elementi per escludere la punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., dovrà fissare udienza in camera di consiglio, e dovrà darne avviso – oltre al pubblico ministero e all'imputato –, anche alla persona offesa, che, ove compaia, andrà obbligatoriamente ascoltata. Tanto si ricava dalla formulazione del testo normativo aggiunto («1-*bis*. La sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale, previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare.»).

La formula di proscioglimento adottata in questa sede è dunque la stessa di quella prevista in generale per la fase predibattimentale, ossia di non doversi pro-

cedere ed occorre chiedersi se tale formula debba essere adottata anche per la fase dibattimentale o prima ancora per quella dell'udienza preliminare.

Sul punto va evidenziato che il legislatore non è intervenuto modificando le formule della sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento previste nel capo relativo alla decisione dibattimentale, né ha chiaramente affermato che si possa pervenire al proscioglimento all'esito dell'udienza preliminare o del dibattimento. Quanto alla prima, l'ammissibilità del non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto la si ricava dal quadro complessivo della riforma e dalla circostanza che il legislatore prevede il proscioglimento predibattimentale, per cui sarebbe illogico oltre che ingiustificato non ammettere il non luogo a procedere nella fase ad essa antecedente. Né era necessaria sul punto una modifica legislativa delle formule di non luogo a procedere: non sembrano sorgere problemi, infatti, a far rientrare la formula di proscioglimento in quella contemplata dall'art. 425 c.p.p. di non luogo a procedere perché «si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa».

Quanto alla sentenza di proscioglimento all'esito del dibattimento, la sua ammissibilità la si ricava implicitamente ed indirettamente dal (nuovo) articolo 651-*bis* c.p.p. («Efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno»), che contempla la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento come ipotesi di provvedimento giudiziario che ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.

Può dunque affermarsi che sia possibile emettere sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto anche a seguito del dibattimento e la formula che appare più consona a questa fase, in mancanza di un'indicazione normativa puntuale, sembra essere quella assolutoria, venendo in rilievo una causa che può rientrare nel fatto che non «non è punibile per un'altra ragione».

6. L'eliminazione della modifica all'art. 129 c.p.p.

L'Atto del Governo nr. 130 contemplava espressamente la causa di non punibilità in esame (con la seguente formula: «l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* c.p.») tra quelle che, ai sensi dell'art. 129 co. 1 c.p.p., vanno obbligatoriamente dichiarate d'ufficio con sentenza.

Anche in questa parte il testo normativo elaborato dalle commissioni è stato modificato, il 12 marzo 2015, in sede di approvazione definitiva del testo legislativo, essendo stata eliminata tutta la parte relativa all'art. 129 c.p.p.

È questo un dato su cui occorre soffermarsi e che forse rinviene la propria *ratio* in quella garanzia del contraddittorio che permea tutto il testo normativo approvato e su cui, forse, il legislatore delegato sembra discostarsi dalla delega ricevuta, quanto meno per il fatto di restringere (e di molto) l'ambito di applicazione della causa di esclusione della punibilità.

Eliminando la modifica all'art. 129 co. 1 c.p.p. si è di fatto inibita la possibilità di emettere sentenza allo stato degli atti ed in ogni stato e grado del procedimento: sicuramente ciò non potrà essere fatto, per esempio, dal giudice per le indagini preliminari investito della richiesta di patteggiamento, di decreto penale o di messa alla prova ed a rigore, non dovrebbe essere fatto neanche dal giudice del dibattimento, potendo questi emettere sentenza di proscioglimento o nella fase degli atti introduttivi o all'esito del dibattimento.

E se le limitazioni alla pronuncia *ex art.* 129 c.p.p. nella fase delle indagini preliminari rinvengono (verosimilmente) la loro *ratio* nella necessità di assicurare il contraddittorio tra le parti, che nei casi di richieste di riti alternativi non è sempre assicurata (del patteggiamento, come anche della richiesta di decreto penale non viene avvisata la persona offesa), le seconde appaiono eccessive, in quanto nel giudizio di primo grado il contraddittorio viene comunque assicurato e dover attendere in ogni caso la chiusura del dibattimento sembra in contrasto con il principio di economia processuale.

Si potrebbero, per superare l'*impasse*, richiamare i principi espressi dalla Suprema Corte in relazione alla portata dell'art. 129 c.p.p., e ciò sembra per altro suggerito anche dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nella relazione uscita pochi giorni dopo l'entrata in vigore della legge³, e prima ancora dalla Corte medesima nella prima sentenza sul 131-*bis* c.p.⁴, e quindi, far leva sulla circostanza che tale norma non attribuisce al giudice un potere di giudizio ulteriore ed autonomo, ma enuncia una regola di condotta, che impone a questi di adottare tale tipo di decisione – allo stato degli atti e nelle varie fasi e gradi di giudizio – senza dar luogo ad ulteriore attività che non sia ritenuta essenziale e quindi senza dover attendere l'epilogo normale del giudizio.

In altri termini, pur non essendo stato modificato l'art. 129 c.p.p. e quindi pur non essendo stata contemplata, tra le formule che possono dare luogo a tale tipo di pronuncia, quella relativa alla sussistenza della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, essa sarebbe in ogni caso consentita in ragione del diritto vivente⁵.

³ Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione Rel. n. III/02/2015, Roma, 23 aprile 2015.

⁴ Cass., sez. III, 8 aprile 2015, dep. 15 aprile 2015, n. 15449, Mazarotto.

⁵ Sez. U, n. 12283 del 25 gennaio 2005 - dep. 30 marzo 2005,

In questo modo, la portata della causa di non punibilità si riepande, anche se il richiamo ai principi espressi dal diritto vivente non è di per sé sufficiente all'applicazione dell'articolo 129 c.p.p.

È anche necessario, a parere di chi scrive, che venga in ogni caso assicurato il contraddittorio tra le parti.

Sotto questo profilo, e solo per inciso, se è da escludersi, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità, la pronuncia *ex art.* 129 c.p.p. per particolare tenuità del fatto in caso di giudizio immediato, difettando in esso il contraddittorio tra le parti, non appare condivisibile l'orientamento che sembra intravedersi nella relazione citata, in cui si arriva ad ammettere questo tipo di pronuncia in tutte le ipotesi di richiesta di patteggiamento, atteso che nella maggior parte dei casi difetta in esso il contraddittorio fra tutte le parti.

In definitiva l'interpretazione della portata dell'art. 129 c.p.p. condotta alla luce del diritto vivente (in uno alla necessaria verifica della garanzia del contraddittorio), consente forse di superare un dato sicuramente problematico: l'eliminazione della modifica all'art. 129 c.p.p. ha di fatto ristretto l'ambito applicativo dell'istituto ed ha finito con lo svilire le finalità deflative, il principio di proporzionalità e di sussidiarietà della sanzione penale, che connotavano la delega e che – come per la parte relativa all'elencazione dei reati di cui all'art. 131-*bis*, co. 2 c.p., o all'irrelevanza del giudizio di bilanciamento delle circostanze o alla necessità di assicurare il contraddittorio in ogni fase del procedimento – non sembrano aver avuto puntuale attuazione nell'esercizio della delega, situazione, questa, che, come già affermato, sembra di per sé delineare un potenziale eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

7. La mancanza di una norma transitoria e l'immediata applicabilità ai procedimenti in corso

Manca nel decreto legislativo una norma transitoria, ma la natura decisamente sostanziale dell'istituto risolve a monte il problema della applicabilità ai procedimenti in corso: tale natura rende infatti la causa di esclusione della punibilità applicabile a tutti i procedimenti penali, anche quelli relativi a notizie di reato iscritte prima della riforma. In questo senso, per altro, si è già espressa la Suprema Corte che, all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina, ha ritenuto l'istituto in esame immediatamente applicabile a tutti i processi ed i procedimenti in corso⁶ e tanto è stato ribadito anche nella relazione dell'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione⁷.

Convergenza, dunque, sull'immediata applicabilità a tutti i procedimenti in corso, venendo in rilievo una disposizione normativa più favorevole alla parte, ma

P.G. in proc. De Rosa, Rv. 230530.

⁶ Cass., sez. III, 8 aprile 2015, cit.

⁷ Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione Rel. n. III/02/2015 cit.

non poche sono le problematiche relative alle modalità di tale applicazione e ciò riguarda non solo i procedimenti già pendenti alla data di entrata in vigore della legge, ma investirà probabilmente ogni tipo di procedimento, anche quelli che sono stati iscritti dopo il 2 aprile 2015: sotto questo profilo, la mancanza di una disciplina procedurale di dettaglio, nonostante la chiara delega sul punto (“adeguando la relativa normativa processuale penale”) oltre a costituire un ulteriore indice di tradimento rispetto alla delega esercitata, sarà sicuramente foriera di contrasti e problematiche applicative.

Basti pensare, solo a titolo esemplificativo, ai margini di riconoscimento della causa di non punibilità che incontra il g.i.p. qualora il p.m. avanzi richiesta di archiviazione per una causa diversa da quella di cui all’art. 131-*bis* c.p.; o, ancora, alla possibilità di riconoscere la causa di non punibilità in appello, quando la questione non rientri nel *devolutum*; o, più in generale, alla possibilità per il giudice di rilevare d’ufficio la causa di non punibilità, senza che nulla di tutto ciò gli venga prospettato o quando l’imputato e la persona offesa si siano opposti: si tratta di ipotesi di non facile ed univoca soluzione ed in questo il mancato adeguamento della relativa normativa processuale penale si fa sentire in tutta la sua portata.

Potrebbe fungere da criterio guida, per cercare una soluzione coerente, la necessità di assicurare in ogni caso il contraddittorio non solo con l’imputato ma anche con la persona offesa, essendo questo un principio cardine che governa il decreto legislativo, anche se non può non rilevarsi che tale principio, con riferimento alla persona offesa e pur essendo più volte richiamato dalla CEDU, non è espresso nella legge di delega, se non nella parte in cui si fa menzione della necessità che la causa possa essere riconosciuta “senza pregiudizio per l’esercizio dell’azione civile”, (e ciò è stato assicurato mediante l’art. 651-*bis* c.p.p. e non è detto che debba necessariamente tradursi nel garantire in ogni stato e grado del procedimento il contraddittorio con la persona offesa).

Ma potrebbe anche fungere da criterio guida l’interpretazione costituzionalmente orientata del **diritto costituzionale al contraddittorio**, che in generale trova il suo fondamento nel corrispondente principio in ragione del quale l’imputato deve essere messo nelle condizioni di discutere in contraddittorio ogni profilo dell’accusa che gli sia mossa (compreso la qualificazione giuridica dei fatti addebitati), così da potervi interloquire e preparare la sua difesa⁸, e che nel caso in

esame si sostanzia nel poter discutere (ma anche nel doversi prospettare che il giudice possa ritenere) l’eventuale sussistenza della causa di non punibilità.

In altri termini, se viene garantito il contraddittorio con la persona offesa e con l’imputato, non sembra vi siano problemi a riconoscere al giudice il potere di ritenere, d’ufficio, la sussistenza della causa di non punibilità, anche se alcuna indicazione in questa direzione sia stata fornita dalle parti ed anche se una delle due abbia manifestato la sua opposizione (a meno che non si versi in fase predibattimentale, dove l’opposizione dell’imputato – ma non anche della persona offesa – impedisce in generale la pronuncia proscioglitrice) non avendo né l’uno, né l’altro un potere di veto in tal senso. D’altro canto, prima dell’introduzione della causa di non punibilità in esame, non si è mai dubitato della possibilità per il giudice di orientarsi per una formula proscioglitrice piuttosto che un’altra a prescindere dal consenso delle parti, pur sussistendo sfumature di significato e ricadute applicative concrete tra una formula e l’altra.

Applicando questo tipo di interpretazione, non sembra vi siano allora problemi ad ammettere che il g.i.p. possa anche ritenere, d’ufficio, la causa di esclusione della punibilità *ex* art. 131-*bis* c.p.p. quando l’imputato e la persona offesa siano stati avvisati della richiesta di archiviazione, pur se essa era stata avanzata per altra causa (e per converso sorgerà sicuramente una questione di complessa soluzione se l’avviso non sia stato dato, in quanto la restituzione degli atti al p.m. – pur prospettata nella relazione redatta dall’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione – quand’anche al solo fine di procedere alla notifica dell’avviso alla p.o. ed all’imputato, non trova alcun fondamento normativo).

Parimenti sembra ammissibile che il giudice di appello possa d’ufficio prosciogliere l’imputato *ex* art. 131-*bis* c.p., anche se ciò non aveva fondato i motivi di appello e quindi al di fuori del *devolutum*, essendo in ogni caso garantito dalla fase processuale il contraddittorio tra le parti e vertendosi in un caso di applicazione di una legge penale più favorevole *ex* art. 2 c.p. (e giammai sfavorevole per la persona offesa, che, ai sensi dell’art. 651-*bis* c.p.p. si gioverebbe in sede civile o amministrativa di una sentenza che fa stato quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso).

Sono queste le possibili soluzioni a problematiche aperte, frutto inevitabile di quel mancato adeguamento normativo che il legislatore delegante aveva invece prescritto.

È pur vero, in definitiva, che la delega appariva in origine scarna e vaga, il che ha inevitabilmente comportato un necessario aumento di discrezionalità nell’opera del legislatore delegato. Tuttavia, ed in conclusione, se alcune innovazioni appaiono conformi

⁸ In questo senso sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo dell’11 dicembre 2007 - ricorso n. 25575/04; Drassich/Italia e successivamente *Sez. 6, Sentenza n. 36323 del 25 maggio 2009 Ud.* (dep. 18 settembre 2009) *Rv. 244974* imputato Drassich e quindi, sempre nella vicenda relativa all’imputato Drassich *Sez. 2, Sentenza n. 37413 del 15 maggio 2013 Cc.* (dep. 12 settembre 2013) *Rv. 256653*.

alle finalità della legge nr. 67/2014 ed ai principi generali del sistema, *in primis* quello di certezza del diritto e parità di trattamento (ne sono un esempio la concretizzazione dei requisiti di tenuità dell'offesa e di abitudine del comportamento), altre ne limitano ingiustificatamente la portata (la mancata modifica dell'art. 129 c.p.p., la mancanza di una norma transitoria) altre ancora aprono la strada a seri e rilevanti problemi applicativi (il mancato adeguamento dettagliato della relativa normativa processuale penale) ed altre infine ne costituiscono un chiaro tradimento (ed è questo il caso dell'irrilevanza del bilanciamento di circostanze, delle esclusioni *ex lege*), ed esse, molto probabilmente, sono il frutto di una preconcepita visione di sospetto nei confronti di un istituto che, almeno sulla carta, concepisce il ruolo del giudice penale in termini differenti rispetto a come conosciuto fino ad oggi⁹.

Norme di riferimento

Legge 28 aprile 2014, nr. 67 (in Gazz. Uff. nr. 100 del 2 maggio 2014; in vigore dal 17 maggio 2014) - **Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili.**

Art. 1 (Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie)

1. *Omissis...*

m): escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”.

n)...*omissis*...

Decreto legislativo 16 marzo 2015, nr. 28, **Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m) della legge 28 aprile 2014, n. 67** (in Gazz. Uff. nr. 64 del 18 marzo 2015, in vigore dal 2 aprile 2015).

Art. 1 (Modifiche al codice penale)

1. Dopo l'articolo 131 del codice penale, le denominazioni del Titolo V e del Capo I sono sostituite dalle seguenti:

⁹ È infatti indubbio che la legge nr. 67/2014, nata per dare risposte alle pressanti sollecitazioni di Strasburgo, riconosca al giudice un ampio margine valutativo nell'applicazione dei (nuovi) istituti giuridici che essa contempla e se ciò albeggia nelle norme sulla sospensione del procedimento con messa alla prova, è nel riconoscimento della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto che la nuova e diversa visione del ruolo del giudice si esprime nella sua massima portata.

«Titolo V Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena.

Capo I Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena».

2. Prima dell'articolo 132 è inserito il seguente

Art. 131-bis. - (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*).

Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle d'effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante

Art. 2 (Modifiche al codice di procedura penale)

1 All'articolo **411** sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, dopo le parole: «condizione di procedibilità» sono inserite le seguenti: «, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale per particolare tenuità del fatto»;

b) dopo il comma 1 è aggiunto il seguente: «1-bis. Se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, pre-

cisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5.».

Art. 3 (Disposizioni di coordinamento processuale)

1. Al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il comma 1 **dell'articolo 469** è aggiunto il seguente:

«1-*bis*. La sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale, previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare.»;

b) dopo l'articolo 651 è aggiunto il seguente:

«**651-*bis***. Efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno. - 1. La sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale.

2. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato.».

Art. 4 (Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti)

1. Al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 3, comma 1, lettera f), dopo le parole: «misura di sicurezza» sono aggiunte le seguenti:

«nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale.»;

b) all'articolo 5, comma 2, dopo la lettera d) è inserita la seguente:

«d-*bis*) ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale, trascorsi dieci anni dalla pronuncia;»;

c) all'articolo 24, comma 1, dopo la lettera f) è inserita la seguente:

«f-*bis*) ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale, quando la relativa iscrizione non è stata eliminata;»;

d) all'articolo 25, comma 1, dopo la lettera f) è inserita la seguente:

«f-*bis*) ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale, quando la relativa iscrizione non è stata eliminata;».

Guglielmo Cinque

Consigliere della Sezione lavoro della Corte di Appello di Napoli

Il lavoro intermittente nel Jobs Act

Il lavoro intermittente, pur modificato con la riforma del Jobs Act, si dimostra non essere ancora uno strumento che, in un'ottica di flessibilità lavorativa provvisoria e dove l'intervento statale è stato ampliato rispetto alla contrattazione collettiva, possa coniugare le effettive esigenze dei lavoratori che vi possono accedere con quelle dei datori di lavoro.

sommario

Introduzione. – **1.** Evoluzione storica e natura giuridica. – **2.** Definizione e disciplina giuridica. – **3.** Riflessioni conclusive.

Introduzione

Con la legge n. 10 dicembre 2014 n. 183, al punto 7 dell'art. 1, nell'ambito del riordino della disciplina dei rapporti di lavoro, il governo è stato, tra l'altro, delegato: a) ad "individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale ed internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali..."; b) al "rafforzamento degli strumenti per favorire l'alternanza tra scuola e lavoro".

Nell'ottica di tali deleghe, con lo schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, nella Sezione II dagli artt. 11 a 16, sono state riviste e parzialmente modificate le disposizioni, contenute nel titolo V, capo I, artt. 33-40 del d.lgs. n. 276/003 in tema di lavoro intermittente.

L'oggetto delle brevi considerazioni del presente scritto verterà proprio sulla valutazione se tale tipologia contrattuale, risultante dallo schema del decreto legislativo, possa effettivamente essere rispondente alle indicate esigenze e possa costituire una nuova occasione di utile e proficua offerta lavorativa.

1. Evoluzione storica e natura giuridica

Prima di esaminare nello specifico la definizione del contratto di lavoro intermittente e la sua disciplina legislativa, è opportuno ricordare che il suddetto contratto, che fu introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuslavoristico dal d.lgs. n. 276/2003, fu suc-

cessivamente abrogato, con decorrenza dall'1.1.2008 ad opera della legge 24 dicembre 2007 n. 247 che aveva regolato in modo nuovo le prestazioni di carattere discontinuo nei settori del turismo e dello spettacolo (art. 1 commi da 47 a 50).

Con decorrenza 25 giugno 2008 il contratto di lavoro intermittente è stato ripristinato dall'art. 39 d.l.n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008; conseguentemente sono state abrogate le disposizioni sulle prestazioni discontinue nel turismo e nello spettacolo sopra richiamate.

La legge 28 giugno 2012 n. 92, con norme in vigore dal 18 luglio 2012, ha poi apportato modifiche nella disciplina del lavoro a chiamata, limitandone, da un lato, il campo di applicazione e, dall'altro, introducendo correttivi che contrastassero un uso abusivo dello stesso.

Il decreto legge 28 giugno 2013 n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 99, ha invece previsto, per la prima volta rispetto al regime previgente, la sanzione della conversione del rapporto di lavoro intermittente in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, nel caso di superamento delle quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro.

Con lo schema legislativo sul *Jobs Act*, l'impianto normativo è rimasto sostanzialmente inalterato mentre sono stati previsti dei correttivi finalizzati allo snellimento delle procedure nonché, come in seguito si vedrà, una "centralizzazione" della individuazione degli ambiti di operatività del contratto.

Una prima osservazione, da questo succinto excursus storico dell'istituto, attiene all'atteggiamento che potrebbe definirsi "non convinto" del legislatore in relazione a tale tipologia contrattuale.

In pochi anni, infatti, tale forma di contratto è stata introdotta, abolita, ripristinata, modificata nella sostanza e, infine, ribadita nei suoi aspetti essenziali, anche se, già si prevede, che una disciplina organica del lavoro intermittente dovrebbe confluire nel nuovo "codice dei contratti" che regolamenterebbe tutte le fonti dei rapporti di lavoro.

In verità, l'incertezza legislativa sul contratto di lavoro intermittente trova corrispondenza, nella dottrina, nel dibattito sviluppatosi intorno alla individuazione della natura giuridica di detto contratto.

Secondo alcuni, infatti, si dubita che il contratto di lavoro intermittente sia un contratto di lavoro; secondo altri non sarebbe proprio un contratto: ciò perché il suo oggetto consiste nella mera messa a disposizione del lavoratore per eseguire la prestazione se e quando verrà richiesta.

La posizione più accreditata ritiene, comunque, rispettato il requisito sinallagmatico di cui all'art. 2094 cc in quanto la situazione di disponibilità in cui versa il lavoratore è funzionale all'esecuzione dell'obbligazione lavorativa e tale disponibilità è da intendersi o come una specificazione dell'obbligo di collaborazione (gravante sul lavoratore) ovvero come obbligo preparatorio all'adempimento.

In altri termini, il lavoratore assume l'obbligazione lavorativa al momento della sottoscrizione del contratto di lavoro intermittente, anche se l'oggetto del contratto è in quella fase soltanto determinabile di talché la fonte dell'obbligo del lavoratore di prestare l'attività lavorativa è da individuarsi nello stesso contratto di lavoro intermittente.

Come è agevole notare, pertanto, vi è una singolare affinità tra le difficoltà del legislatore di investire su tale tipologia contrattuale e quello della dottrina di inquadrarlo dogmaticamente. E proprio queste difficoltà, a parere di chi scrive, sono espressione di un contratto che, in determinati settori e con riferimento a particolari soggetti, se regolamentato in modo attento, può costituire un punto di incontro tra tradizione e modernità, tra scuola e formazione, in una ottica di flessibilità che non rappresenti il punto di arrivo di una definitiva esperienza lavorativa.

2. Definizione e disciplina giuridica

Lo schema di decreto legislativo, in attuazione della delega sul *Jobs Act*, con l'art. 11 ("definizione e tipologia") definisce il contratto di lavoro intermittente quello, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione nei limiti di cui all'art. 12. È, poi, precisato che le disposizioni su tale contratto non si applicano alle pubbliche amministrazioni.

La definizione non si discosta in modo sostanziale da quella già riportata dall'art. 33 del d.lgs n. 276/2003 se non per la precisazione espressa che tale tipologia non è applicabile alla Pubblica Amministrazione.

Tale conclusione, del resto, era stata già desunta dall'abrogato testo sul lavoro intermittente, il cui impianto non era assolutamente compatibile con i principi costituzionali di cui agli artt. 97 e ss della Costituzione, nonché con le norme fondamentali di cui al d.lgs. n. 165/2001 tra cui quella dell'impossibilità di convertire il rapporto in uno a tempo indeterminato in virtù del divieto dell'art. 36 d.lgs. citato.

In ordine alle tipologie, con il *Jobs Act* sono state confermate quelle già in atto: vi può essere, cioè, un

contratto di lavoro intermittente a tempo indeterminato o determinato, con obbligo di risposta alla chiamata o senza obbligo di risposta.

Con riguardo alla prima distinzione, deve sottolinearsi che il legislatore ha lasciato inalterata l'omissione di qualsiasi riferimento al d.lgs. n. 368/2001. Se ne ricava, quindi, che il contratto a chiamata a tempo determinato sia una ipotesi ulteriore di assunzione a termine e, soprattutto, sia libera perché non sottoposta alla sussistenza di particolari ragioni produttive, tecniche, sostitutive o organizzative.

Relativamente alla seconda tipologia, se cioè il lavoratore abbia scelto di essere vincolato alla chiamata del datore di lavoro con obbligo di corresponsione di una indennità di disponibilità ovvero se abbia scelto di non essere vincolato alla chiamata, senza diritto, quindi, a percepire alcuna indennità, il legislatore del *Jobs Act* non ha previsto alcuna differenza tra la disciplina di cui all'art. 36 d.lgs. n. 276/2003 e l'art. 14 dello schema di decreto legislativo.

Giova sottolineare, soltanto, che l'obbligo di rispondere alla chiamata del datore di lavoro deve essere pattuito espressamente e il rifiuto ingiustificato da parte del lavoratore, che si era così impegnato, costituisce un inadempimento che, per gravità, può comportare la risoluzione del contratto, la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto e il risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto individuale.

L'onere di provare la giustificatezza o la minore gravità del rifiuto incombe, seconde le regole generali, sul lavoratore.

A tal proposito è opportuno precisare che il legislatore delegato non ha risolto i dubbi avanzati dalla Corte di Giustizia (CE 12.10.2004 - C 313/02), secondo cui l'oggetto e la causa del contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata sarebbe radicalmente diversa da quella del rapporto di lavoro subordinato tanto da impedire la comparazione tra i lavoratori impiegati con le due forme contrattuali.

Si auspica, pertanto, de iure condendo, che venga chiarito, quanto meno, se e in che modo tale tipo di contratto di lavoro a chiamata non possa essere considerato nullo perché sottoposto ad una condizione meramente potestativa.

Relativamente ai soggetti interessati, da parte datoriale, va osservato che possono stipularlo tutte le imprese, che non siano considerate pubbliche amministrazioni¹ o che, di natura privata, non abbiano

¹ A tal proposito può essere utile, per la individuazione della natura di Pubblica Amministrazione, quanto precisato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 4685/2015, ove, nell'individuare i limiti di operatività dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, ha in sostanza definito "amministrazioni pubbliche" tutte le amministrazioni dello Stato..., le Regioni, le Province, i Comuni, le comunità montane e loro consorzi ed associazioni

effettuato la valutazione dei rischi prevista ai sensi dell'art. 26 e ss. d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 e successive modificazioni.

Per i lavoratori, invece, è stato ribadito che il contratto può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di 55 anni di età o con meno di 24 anni fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età.

L'art. 12 dello schema di decreto (casi di lavoro intermittente), al 3° comma, riproduce le novità introdotta dall'art. 7, comma 2° lett. a) del d.l. n. 76 28 giugno 2013, convertito con modificazione dalla legge 9 agosto 2013 n. 99.

Si è già detto che dal giugno 2008, allorché è stato ripristinato il contratto di lavoro intermittente, è stata abrogata la regolamentazione delle prestazioni discontinue nel turismo e nello spettacolo di cui ai commi 47-50, art. 1, legge n. 247/2007.

Con il terzo comma citato, è stato statuito che, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato.

Si impongono alcune considerazioni: a) è stato ribadito il sistema sanzionatorio che il primo testo originario (d.lgs. n. 276/2003) non contemplava sebbene con le circolari del Ministero del Lavoro n. 18/2012 e n. 20/2012, prima della modifica legislativa del 2013, era stato comunque precisato che, in caso di assenza delle condizioni legittimanti la stipulazione del contratto o di violazione dei divieti indicati nell'art. 34, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, i rapporti di lavoro dovevano essere considerati a tempo pieno e indeterminato; b) tale sistema sanzionatorio opera solo in presenza di alcuni elementi soggettivi e, cioè, attraverso l'assunzione di ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro e, quindi, non anche con diversi datori; c) è stato confermato un limite temporale di quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari, al di sopra del quale vi è la trasformazione del rapporto; d) da tale disciplina sono stati esclusi i settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo dove, forse, tale tipologia contrattuale trova maggiore applicazione.

È rilevabile, quindi, la previsione di un particolare regime di conversione, solo nel caso in cui i rapporti di lavoro intermittenti siano caratterizzati da particolari presupposti soggettivi, temporali e in determinate materie, che rende certamente singolare la disciplina

... tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, escludendo gli enti pubblici economici, anche con riferimento alle società di capitale controllate dagli enti pubblici cui è demandato lo svolgimento di servizi a favore della collettività.

sanzionatoria prevista così determinando la previsione di un nuovo regime sanzionatorio che si affianca a quello tipizzato dal d.lgs. 368/2001.

Quanto alla forma, ai divieti, alle comunicazioni, al principio di non discriminazione e al computo del lavoratore intermittente ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina legale o contrattuale per la quale sia rilevante conteggiare il numero dei dipendenti, non sono desumibili differenze con la disciplina vigente.

Un aspetto, invece, che merita di essere sottolineato e che costituisce, a parere dello scrivente, un filo conduttore di tutte le nuove disposizioni regolanti il contratto a chiamata, è la diversa e minore rilevanza che il legislatore ha voluto attribuire alla contrattazione collettiva.

Il d.lgs. n. 276/2003 prevedeva che solo l'inerzia della autonomia collettiva, nella previsione dei casi di ricorso al lavoro intermittente e, più precisamente, delle esigenze di cui all'art. 34, c. 1, e degli ulteriori periodi predeterminati di cui all'art. 37, comma 2°, veniva contrastata affidando al Ministero del lavoro in via provvisoriamente sostitutiva, un potere di intervento suppletivo della contrattazione collettiva, con due distinte norme.

Una era l'art. 34, comma 1°, che attribuiva al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il potere di individuare con decreto in via provvisoriamente sostitutiva le esigenze con apposito decreto: disposizione poi abrogata dall'art. 10 del d.lgs. n. 251/04.

L'altra era l'art. 40 (la cui rubrica era "Sostegno e valorizzazione della autonomia collettiva") che contemplava un analogo intervento in via provvisoriamente sostitutivo del Ministero per sopperire alla carenza di una disciplina collettiva relativa alle esigenze di cui all'art. 34 comma 1° ma anche agli ulteriori periodi previsti dall'art. 37 comma 2°.

Le due disposizioni si differenziavano per le diverse procedure che adottavano.

Prima che entrasse in vigore il d.lgs. n. 251/04 il Ministero del lavoro ha esercitato il suddetto potere sostitutivo emanando il d.m. 23 ottobre 2004 con il quale sono state individuate le ipotesi in cui era possibile stipulare contratti di lavoro intermittente mentre non si è intervenuto sugli ulteriori punti relativi ai periodi predeterminati che i contratti collettivi avrebbero potuto prevedere in aggiunta a quelli indicati all'art. 37 comma 1°.

La legge n. 92/2012 ha, poi, sostituito il comma 2 dell'art. 34 d.lgs. n. 276/2003 e, quindi, a decorrere dal 18 luglio 2012, il ricorso al lavoro intermittente è ammesso, anche in assenza di apposita disciplina dei contratti collettivi, per le prestazioni rese da soggetti con meno di 24 anni di età (fermo restando che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il 25° anno) e per quelle rese da lavoratori con più di 55 anni; in tal caso i lavoratori interessati possono essere anche pensionati.

Il Ministero del Lavoro (risposta ad interpello n. 37/2008 e circ. n. 20/2012) ha chiarito che i contratti collettivi sono chiamati ad individuare le condizioni in presenza delle quali risulta possibile utilizzare tale tipologia contrattuale mentre non possono avere efficacia eventuali clausole di esclusione dell'applicazione del contratto negli stessi contenute, essendo sempre possibile la stipulazione di contratti di lavoro intermittente sulla base dei decreti ministeriali e, in ogni caso, con riferimento alle ipotesi di cui all'art. 34 comma 1°, alla contrattazione collettiva è demandata anche la possibilità di individuare "ulteriori periodi predeterminati".

Questo percorso di "valorizzazione" dell'intervento statale centrale, rispetto alla contrattazione collettiva, ha avuto un ulteriore impulso con il legislatore del *Jobs Act*.

Infatti, vanno tenute in debito conto le seguenti modifiche: 1) all'art. 12 (casi di ricorso al lavoro intermittente) rispetto al corrispondente art. 34 d.lgs. n. 276/2003, tra le ipotesi di divieto al ricorso al lavoro intermittente presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi, è stato abrogato l'inciso "salvo diversa disposizione degli accordi sindacali"; 2) nell'art. 13 (forma e comunicazione) rispetto al corrispondente art. 35, non è stato più previsto il comma 2 che recitava "nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi ove previste"; 3) è stato, poi, abrogato interamente l'art. 40 d.lgs. per cui l'intervento del Ministro del lavoro non è più sostitutivo dell'autonomia collettiva ma si pone su di un piano di parità e diventa certamente più incisivo nella regolamentazione della materia.

In un'ottica, pertanto, di evitare duplicazioni di procedure della contrattazione collettiva ovvero di scongiurare una coincidenza tra i livelli contrattuali autorizzati a prevedere le esigenze già contemplate dagli artt. 34 e 37 d.lgs. n. 276/2003, si è ritenuto di contro di accentuare gli interventi ministeriali di impulso, coordinamento e di disciplina delle disposizioni.

Ciò se da un lato può incidere sulla rapidità decisionale, dall'altro, però, è un indice sintomatico di una manifestazione di sfiducia nella contrattazione collettiva e nella concertazione che in una materia così particolare sarebbe, invece, preferibile auspicare.

3. Riflessioni conclusive

Si è chiesto, all'inizio di questo breve lavoro, se la nuova tipologia del *Jobs on call* possa essere effettivamente rispondente alle esigenze di cui alla legge delega.

Dalla disamina delle disposizioni si desume che, certamente, tale figura contrattuale avrebbe potuto avere una incidenza maggiore nel mondo del lavoro e della scuola.

Dalla pratica quotidiana, infatti, si rileva che sono soprattutto i giovani, per la gran parte studenti, che per finanziare i propri studi e per non gravare economicamente sulle proprie famiglie, danno la loro disponibilità per essere assunti con il contratto di lavoro intermittente: ciò soprattutto presso pubblici esercizi e in particolari periodi dell'anno o in determinati giorni della settimana.

Tale contratto assicura, infatti, un impegno lavorativo compatibile con le esigenze di studio e, comunque, assicura fonti di entrate economiche che, per giovani senza carichi familiari, possono essere sufficienti per soddisfare le loro necessità.

Inoltre, avendo riguardo alle materie di cui al d.m. del 23 ottobre 2004 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 259 del 4 novembre 2004) si evince che alcune di esse sono in stretto rapporto, sotto il profilo pratico, con alcuni studi teorici che si approfondiscono negli istituti professionali: a tal uopo è sufficiente scorrere l'elenco predisposto dal Ministero del Lavoro.

Il contratto a chiamata potrebbe, quindi, affiancare il contratto di apprendistato quale strumento per favorire l'alternanza tra scuola e lavoro ovvero potrebbe atteggiarsi quale forma di sostegno per il finanziamento degli studi in un momento di grave crisi economica.

A fronte di queste potenzialità, però, non sono stati previsti seri incoraggiamenti per favorire tale tipo di contratto.

Con la circolare INPS n. 15/2015, infatti, il *Jobs on call* è stato escluso dalla fruizione dello sgravio contributivo, anche se a tempo indeterminato, perché non ha i caratteri di un lavoro stabile.

L'auspicio, quindi, è quello che, in una prospettiva di flessibilità tra domanda ed offerta, che in questo caso trova la sua naturale ratio nelle esigenze sopra indicate, si possano effettivamente creare degli incentivi volti a favorire, in particolari condizioni di utilità per il lavoratore e per il datore di lavoro, tale tipo di lavoro svolto saltuariamente con la previsione, se del caso, anche di forme di pagamento del compenso che non richiedano necessariamente l'emissione di fatture bensì modalità semplificate sia per quanto riguarda il rispetto degli obblighi contributivi (previdenziali ed assistenziali) che di quelli fiscali.

Norme di legge commentate:

Sezione II

LAVORO INTERMITTENTE

ART. 11

(Definizione e tipologie)

1. Il contratto di lavoro intermittente è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa nei limiti di cui all'articolo 12.

2. Le disposizioni della presente sezione non trovano applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

ART. 12

(Casi di ricorso al lavoro intermittente)

1. Il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, anche con riferimento alla possibilità di stipulare tale contratto in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In mancanza di contratto collettivo, all'individuazione dei casi di utilizzo del lavoro intermittente si provvede con decreto non regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

2. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di 55 anni di età e con meno di 24 anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età.

3. In ogni caso, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato.

4. È vietato il ricorso al lavoro intermittente:

a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;

b) presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario, in regime di cassa integrazione guadagni, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente;

c) da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 28 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e successive modificazioni.

ART. 13

(Forma e comunicazioni)

1. Il contratto di lavoro intermittente è stipulato in forma scritta ai fini della prova dei seguenti elementi:

a) durata e ipotesi, oggettive o soggettive, previste dall'articolo 12, che consentono la stipulazione del contratto;

b) luogo e modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore, e del relativo preavviso di chiamata del lavoratore che non può essere inferiore a un giorno lavorativo;

c) trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione eseguita e relativa indennità di disponibilità, ove prevista;

d) forme e modalità, con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché delle modalità di rilevazione della prestazione;

e) tempi e modalità di pagamento della retribuzione e della indennità di disponibilità;

f) misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto.

2. Fatte salve previsioni più favorevoli dei contratti collettivi, il datore di lavoro è altresì tenuto a informare con cadenza annuale le rappresentanze sindacali aziendali o le rappresentanze sindacali unitarie, ove esistenti, sull'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente.

3. Prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni, il datore di lavoro è tenuto a comunicarne la durata con modalità semplificate alla Direzione territoriale del lavoro competente per territorio, mediante sms o posta elettronica. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, possono essere individuate modalità applicative della disposizione di cui al precedente periodo, nonché ulteriori modalità di comunicazione in funzione dello sviluppo delle tecnologie. In caso di violazione degli obblighi di cui al presente comma si applica la sanzione amministrativa da euro 400 ad euro 2.400 in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione. Non si applica la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124.

ART. 14

(Indennità di disponibilità)

1. Nel contratto di lavoro intermittente è stabilita la misura della indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali ha garantito la disponibilità al datore di lavoro. La misura dell'indennità è prevista dai contratti collettivi e, comunque, non è inferiore a quanto previsto con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

2. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo.

3. Sulla indennità di disponibilità di cui al comma 1 i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo.

4. In caso di malattia o di altro evento che renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavoratore è tenuto a informare tempestivamente il datore di lavoro, specificando la durata dell'impedimento. Nel periodo di temporanea indisponibilità non matura il diritto alla indennità di disponibilità. Ove il lavoratore non provveda all'adempimento di cui al periodo precedente, perde il diritto alla indennità di disponibilità per un periodo di quindici giorni, salva diversa previsione del contratto individuale.

5. Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 4 si applicano soltanto nei casi in cui il lavoratore si obbliga contrattualmente a rispondere alla chiamata del datore di lavoro. In tal caso, il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata può costituire un motivo di licenziamento e comportare la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto.

6. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, è stabilita la misura della retribuzione convenzionale in riferimento alla quale il lavoratore intermittente può versare la differenza contributiva per i periodi in cui ha percepito una retribuzione inferiore a quella convenzionale ovvero ha usufruito della indennità di disponibilità fino a concorrenza del medesimo importo.

ART. 15

(Principio di non discriminazione)

1. Il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte.

2. Il trattamento economico, normativo e previdenziale del lavoratore intermittente è riproporzionato, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, maternità, congedi parentali.

3. Per tutto il periodo durante il quale il lavoratore resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non matura alcun trattamento economico e normativo, salvo l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 14.

ART. 16

(Computo del lavoratore intermittente)

1. Ai fini della applicazione di qualsiasi disciplina di fonte legale o contrattuale per la quale sia rilevante il computo dei dipendenti del datore di lavoro, il lavoratore intermittente è computato nell'organico dell'impresa in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre.

Gennaro Iacone

Presidente della Sezione lavoro del Tribunale di Napoli Nord-Aversa

La nuova tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015

Con la riforma in commento il legislatore non ha modificato le nozioni legislative di giusta causa, di licenziamento disciplinare, di recesso per giustificato motivo soggettivo o di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ha preferito stabilire un nuovo regime di tutela avverso i recessi datoriali illegittimi per i c.d. contratti a tutele crescenti.

sommario

1. La definizione dell'ambito di operatività del nuovo regime di tutela avverso i licenziamenti illegittimi. – **2.** Conferme e novità per il licenziamento discriminatorio, nullo od orale. – **3.** La reintegrazione nel licenziamento disciplinare è tutela residuale. – **4.** La tutela nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nel licenziamento per superamento del periodo di comporto. – **5.** I vizi c.d. formali nei licenziamenti disciplinati dal nuovo regime e la revoca del licenziamento.

1. La definizione dell'ambito di operatività del nuovo regime di tutela avverso i licenziamenti illegittimi

Il nuovo regime si applica al lavoro subordinato privato e non già a quello pubblico. Difatti l'art. 1 della legge delega n. 183/2014 stabilisce il suo campo di applicazione ai "lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti, con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore" e cioè dal 7 marzo 2015; in tale ambito sono compresi i lavoratori occupati dalla stessa data da datori di lavoro non imprenditori "che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto". La dicotomia imprenditori e non imprenditori è chiara e tale nozione non può essere estesa ad enti pubblici che non siano economici, e cioè a quegli enti che esplicano direttamente fini pubblico-istituzionali.

Vi è poi un argomento di natura sistematica per ritenere il pubblico impiego privatizzato escluso dalla nuova disciplina. Il riferimento legislativo ad operai, quadri ed impiegati costituisce un chiaro riferimento alla classificazione tradizionale delle figure professionali subordinate nella contrattazione collettiva del settore privatistico; la contrattazione collettiva derivante dal pubblico impiego ha ereditato la necessità di omo-

geneizzare una molteplicità molto più ampia di figure professionali con un'operazione in gran parte riuscita. Quindi vi è un richiamo indiretto alla contrattazione collettiva privatistica.

In più, l'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001 tipizza le causali legislative del licenziamento disciplinare, ferma restando la possibilità per la contrattazione collettiva pubblica di prevederne altre. Tale disposizione è già stata ritenuta inconciliabile da punto di vista tecnico-giuridico con la riforma di cui alla legge n. 92/2012 ed in particolare con l'art. 1 commi 7 e 8 della stessa legge; per cui una disciplina, che sostituisce il sistema "Fornero", non può incidere con un sistema già incompatibile con la riforma del 2012. In altri termini, la disciplina delle contestazioni disciplinari è rimasta identica nel pubblico impiego privatizzato a differenza del settore privato.

In terzo luogo, nell'ambito del rapporto di lavoro privatistico, la disciplina in commento non si applica ai dirigenti, per i quali non si applica la normativa di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali. Per il licenziamento dei dirigenti si applica la nozione giurisprudenziale di "giustificatazza" del recesso del datore di lavoro per ragioni economiche e non già la nozione legislativa sopra citata di giustificato motivo oggettivo¹. Il regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo del dirigente è differente in quanto vi è l'istituto dell'indennità supplementare. Vi è però da notare che con il rinnovo del contratto collettivo nazionale dei dirigenti d'industria, in vigore dal 1° gennaio del corrente anno, la misura dell'indennità supplementare è posta in relazione crescente con l'anzianità di servizio del dirigente stesso, con evidente influenza della nuova disciplina legislativa in questo specifico settore.

Occorre a questo punto individuare le nuove regole per i licenziamenti ed il loro esatto ambito di applicazione: a) per i lavoratori assunti (o trasformati dal contratto a termine o dal contratto di apprendistato) a tempo indeterminato si applica il d.lgs. n. 23/2015; b) se tali nuove assunzioni o trasformazioni portano l'organico aziendale oltre i 15 dipendenti, la nuova disciplina si applica a tutti i dipendenti dell'imprenditore: in questo ultimo caso la disciplina della legge

¹ Cfr. l. 30 ottobre 2014, n. 161.

n. 604/1966 viene sostituita dal d.lgs. n. 23/2015; c) i vecchi dipendenti che rimangono in servizio presso un datore di lavoro già soggetto alla legge n. 300/1970 sono tutelati dalla previgente disciplina come modificata dalla legge n. 92/2012; d) i vecchi dipendenti di un datore di lavoro che non supera quota quindici rimangono soggetti alla previgente disciplina.

2. Conferme e novità per il licenziamento discriminatorio, nullo od orale

La tutela che la legge appresta per il licenziamento discriminatorio è identica nei confronti di tutti i datori di lavoro, a prescindere quindi dal numero dei dipendenti impiegati, e per tutti i lavoratori, inclusi quelli assunti con il contratto a tutele crescenti. Essa consiste nel cumulo della reintegrazione con il risarcimento del danno per tutti i dipendenti, inclusi i dirigenti².

Il licenziamento discriminatorio presenta una motivazione “apparente” od anche in frode alla legge, mentre il vero motivo del recesso da parte del datore di lavoro si rinviene in un motivo determinante differente da quello formalmente espresso, costituito dalla discriminazione al dipendente raggiunto dal licenziamento per ragioni effettive di credo politico, di fede religiosa, di appartenenza ad un sindacato ovvero per avere effettuato determinate attività sindacali, per ragioni di lingua, di identità sessuale, età, convinzioni personali³. La disciplina ha espressamente menzionato il licenziamento in concomitanza col matrimonio⁴, in violazione dei divieti di licenziamento di cui all’art. 54, commi 1, 6, 7 e 9 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 e successive modificazioni, ovvero per altri motivi illeciti e determinanti di cui all’art. 1345 c.c. Con questo ultimo richiamo, il legislatore ha inteso formulare una norma di chiusura e di salvezza del sistema con riguardo specifico al licenziamento c.d. ritorsivo.

La nuova versione dell’art. 18 omette tali richiami inserendo l’inciso “ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”; con tale espressione sembrerebbe non più riconducibile a tale nuova disciplina il motivo illecito determinante di cui all’art. 1345 c.c. Per fare un esempio, è stato ritenuto licenziamento ritorsivo il recesso datoriale operato nei confronti di un dipendente perché questi si era rifiutato di sottoscrivere una lettera di dimissioni in bianco⁵. Il rilascio di dimissioni in bianco è attività *contra legem*, ma non rientra tra i divieti di licenziamenti stabiliti a pena di nullità. Analogamente è nullo il licenziamento diretto ad eludere l’applicazione di

una norma imperativa costituita dalla tutela assicurata dall’art. 2112 c.c. e quindi intimato prima del trasferimento d’azienda e seguito dalla riassunzione presso l’acquirente. Altra ipotesi è costituita dal c.d. ritorsione indiretta, cioè di licenziamento ad altro dipendente (nella specie la figlia) quale reazione a rivendicazioni del padre⁶. La violazione in via indiretta di una norma imperativa sulla tutela del lavoro costituisce motivo illecito unico e determinante del licenziamento, siccome però non si è previsto il divieto espresso di licenziamento, non si dovrebbe applicare in base alla nuova disciplina la normativa sul licenziamento discriminatorio. Una eventuale illegittimità costituzionale della nuova disciplina potrebbe essere superata riportando il c.d. licenziamento di ritorsione nell’ambito della tutela in via alternativa o della motivazione apparente (priva di altro reale giustificato motivo di recesso) o dei principi giurisprudenziali di legittimità resi sulla configurabilità del licenziamento ingiurioso. Altre possibili soluzioni sono rappresentate dalla possibilità di ricondurre, a seconda dei casi concreti, la singola fattispecie ritorsiva al licenziamento privo della prova della sussistenza del fatto con applicazione del regime della tutela reale, la cui applicazione è stata prevista anche nella nuova disciplina. Sarebbe in ogni caso fatto salvo il diritto al ristoro dei danni non patrimoniali, potendosi ravvisare accanto all’illecito contrattuale legalmente tipizzato anche una responsabilità extracontrattuale⁷.

Tali conclusioni sembrano avere una conferma testuale dall’esame del comma 4 dell’art. 2 del d.lgs. n. 23/2015: vi può essere una motivazione apparente, ma il vero motivo del recesso datoriale è la disabilità fisica o psichica del lavoratore⁸. Il divieto di licenziamento di questi lavoratori rientra nella disciplina generale; non vi è un’espressa previsione di nullità del recesso dal rapporto di lavoro con il disabile per tale condizione personale. Eppure la volontà di colpire tale condizione costituisce motivo illecito determinante per volontà di legge, non necessitando l’applicazione analogica della norma di cui all’art. 1345 c.c. Si tratterebbe in pratica di un solo caso “salvato” di licenziamento discriminatorio indiretto dalla nuova disciplina.

Al licenziamento orale, quanto a regime di tutela applicabile, deve essere equiparata la c.d. estromissione di fatto dal contesto lavorativo. In tale ipotesi vi sarebbe una manifestazione tacita, e quindi non scritta, di licenziare il dipendente.

Nella determinazione del risarcimento del danno si deve avere come punto di riferimento la retribuzione utile al fine della determinazione del trattamento di fine rapporto. Tale nozione risulta essere meno ampia di quella della retribuzione globale di fatto da ultimo

² Art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300.

³ Cfr. art. 4, l. 15 luglio 1966, n. 604; art. 18, c. 1, l. n. 300/1970, come modificato dall’art. 1, c. 42, della legge n. 92/2012.

⁴ Art. 35 di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

⁵ Trib. Milano, ord. 20 novembre 2012.

⁶ Cass., sez. lav., 08 agosto 2011, n. 17087.

⁷ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; artt. 1218 e 2087 c.c.

⁸ Cfr. art. 4, c. 2, ed art. 10, c. 3, l. 12 marzo 1999, n. 68.

goduta dal dipendente, intesa dalla giurisprudenza di legittimità quale normale retribuzione da collegare al contenuto professionale delle mansioni, comprensiva di indennità di contingenza, di scatti di anzianità, di 13^a mensilità, di aumenti contrattuali⁹, ma non di ulteriori compensi connessi a particolari e contingenti modalità esplicative della prestazione lavorativa.

La retribuzione utile per il trattamento di fine rapporto è sicuramente differente, per la facoltà riconosciuta alla contrattazione collettiva (ed ampiamente esercitata) di determinare gli elementi retributivi inseribili in questo tipo di computo dalla legge n. 297/1982.

È detraibile dal risarcimento del danno l'*aliunde perceptum* e non l'*aliunde percipiendum*: tale disciplina presenta un chiaro orientamento sanzionatorio.

L'indennità sostitutiva della reintegrazione estingue il rapporto di lavoro dal momento della richiesta e non dal momento della sua corresponsione¹⁰.

3. La reintegrazione nel licenziamento disciplinare è tutela residuale

Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare illegittimo si applica anche ai casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo indeterminato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato.

Nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.

Il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro nei soli casi di licenziamento disciplinare in cui sia direttamente dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione tra la sanzione inflitta ed il comportamento colpito del recesso del datore di lavoro.

Ciò non toglie che il giudice debba valutare indirettamente la proporzionalità della sanzione o meno, perché è suo compito stabilire in primo luogo la illegittimità o meno del licenziamento, per cui è indispensabile individuare un comportamento imputabile inadempiente. Tuttavia, nel caso in cui il licenziamento sia illegittimo, anche se risulta sussistente il fatto contestato, il lavoratore avrà comunque diritto ad

un'indennità commisurata all'anzianità di servizio. Nel caso in cui il fatto materiale non sia affatto venuto in essere, il datore di lavoro è condannato, oltre alla reintegrazione, al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto detratto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*, in misura comunque non superiore a dodici mensilità, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dalla data del licenziamento e senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. La reintegrazione è sempre esclusa per le imprese che non occupino più di 15 dipendenti nell'unità in cui avviene il licenziamento o più di 60 dipendenti sull'intero territorio nazionale; in questo caso l'indennità prevista è dimezzata e non può comunque superare le sei mensilità. Tale disciplina si applica poi alle organizzazioni di tendenza senza distinzione tra lavoratori addetti a mansioni di tendenza e quelli svolgenti attività non direttamente influenzate dalla tendenza dell'organizzazione in cui sono inseriti. Esclusa la misura minima di cinque mensilità del risarcimento del danno, in più dalla misura del danno va detratto l'*aliunde percipiendum* nella misura indicata dalla nuova disciplina. Il Legislatore recepisce il recentissimo insegnamento della Suprema Corte¹¹ secondo cui «Il nuovo art. 18 ha tenuto distinto dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione giuridica. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza – insussistenza – del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, cosicché tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, del fatto stesso che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali; conseguentemente esula dalla fattispecie, che è alla base della reintegrazione, ogni valutazione attinente al profilo di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

Insussistenza del fatto contestato significa che l'accusa rivolta al lavoratore è risultata non vera in punto di fatto: per esempio non c'è stato furto di materiale aziendale. L'insussistenza del fatto però non può prescindere secondo altra dottrina formatasi sotto l'applicazione della riforma Fornero, dalla circostanza che si tratti di un comportamento qualificabile come inadempimento contrattuale con necessaria valorizzazione dei profili soggettivi, quali la condotta, e cioè l'intenzionalità, la colpevolezza e la relativa intensità. In altri termini, il comportamento del lavoratore, oltre a sussistere, deve costituire giusta causa di licenziamento, e quindi necessita della presenza di una certa gravità, di una specifica volontà e finalità del lavoratore e della proporzione tra la condotta e la sanzione

⁹ Cass., sez. lav., 08 luglio 1992, n. 8319; Cass., sez. lav., 23 ottobre 2000, n. 13953.

¹⁰ Cass. civ., sez. un., 27 agosto 2014, n. 18353.

¹¹ Cass., sez. lav., 06 novembre 2014, n. 23669.

irrogata. La teoria del fatto materiale prescinde da tali elementi tutti riconducibili alla norma di cui all'art. 2016 c.c. Non bisogna però dimenticare che l'art. 3 del decreto legislativo non ridefinisce le fattispecie di licenziamento, rimanendo tributario nei confronti dell'art. 2119 c.c. in ordine alla nozione legislativa di giusta causa e dall'art. 3 della legge n. 604/1966 in ordine al giustificato motivo soggettivo: quindi il lavoratore dovrà sempre avere commesso il fatto che "non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto" o rispettivamente "un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali". Quindi il fatto deve essere in ogni caso imputabile e configurare un inadempimento contrattuale, altrimenti potendo il datore di lavoro arrivare a licenziare per un fatto materiale sussistente nel suo profilo materiale, ma privo di qualsiasi connotazione in termini di anti-giuridicità come stabilito anche dall'art. 1455 c.c. Bisogna da altro canto rilevare come l'art. 2106 c.c. sia una specificazione nell'ambito prettamente lavoristico della norma civilistica di cui all'art. 1455 c.c. Per cui bisogna concludere che la volontà del legislatore sia quella di escludere che la volontà del legislatore sia quella di escludere la tutela reintegratoria per tutti i fatti addebitati, anche i più irrilevanti. Quale tutela può e deve essere configurata ed assicurata per eventuali evidenti profili di violazione del criterio della proporzionalità? Non si può che fare riferimento al c.d. licenziamento ingiurioso che si connota per una duplice facoltà di tutela, la prima in riferimento alla nuova disciplina di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, la seconda come generatrice del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, ma anche dell'eventuale ulteriore danno emergente e lucro cessante comprovabile in giudizio. Tale tutela può essere ipotizzata anche nell'ipotesi in cui un datore di lavoro adotti un licenziamento a fronte di un comportamento inadempiente del dipendente che, in base al codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo applicato in azienda o in apposito regolamento aziendale, legittimi palesemente una sanzione di tipo conservativo. Infine si può ipotizzare altro tipo di tutela più avanzata per il lavoratore dipendente licenziato. Si tratta della contestazione disciplinare generica o indeterminata; a tale punto indeterminata che impedisce addirittura l'identificazione della fattispecie sia sotto il profilo della sua materialità che di quello della sua imputabilità al lavoratore, con la conseguenza che la condotta imputata al lavoratore si deve considerare inesistente ed il dipendente avrà diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, oltre che al risarcimento del danno¹². Per esempio la contestazione non può indicare una condotta imputabile solo a titolo esemplificativo.

4. La tutela del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e del licenziamento per superamento del periodo di comportamento

La normativa interviene unicamente sugli aspetti sanzionatori, senza intaccare la qualificazione della fattispecie che resta disciplinata dall'art. 3 della legge n. 604/1966. Per cui l'onere di provare la sussistenza del giustificato oggettivo rimane a carico del datore di lavoro, mentre rimangono confermati i rispettivi oneri allegatori e di prova sul c.d. "obbligo di *repechage*". La nuova normativa però esclude per il licenziamenti economici, cioè per quei recessi determinati da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al suo regolare funzionamento, la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro con la previsione di un indennizzo economico da 4 a 24 mensilità in ragione della sola anzianità di servizio: si tratta quindi di un indennizzo certo e crescente. Per i licenziamenti dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti troveranno applicazione i principi generali, per cui l'eventuale malattia che dovesse insorgere (o essere in corso) al momento della consegna della lettera di licenziamento, sospenderà gli effetti del provvedimento sino alla guarigione a differenza delle legge n. 92/2012, il cui art.1 comma 41 ha stabilito che il recesso del datore di lavoro intimato all'esito della procedura preventiva conciliativa obbligatoria produce effetto retroattivo dal giorno della comunicazione con cui il provvedimento è stato avviato, salvo l'eventuale diritto al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. Per le imprese minori rimane la tutela di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966 se assunti prima del 7 marzo 2015, mentre se assunti dopo tale data spetta una tutela indennitaria dimezzata rispetto a quella per i datori di lavoro che occupano più di 15 dipendenti.

Il licenziamento intimato durante il periodo di comportamento per malattia od infortunio non è stato oggetto di specifica disciplina. A differenza della legge n. 92/2012 non vi è stata equiparazione tra il licenziamento illegittimo per superamento del periodo di comportamento e la ipotesi di licenziamento ingiustificato intimato ai lavoratori per inidoneità fisica o psichica (il quale ultimo recesso soltanto è stato ricondotto nell'ambito del licenziamento in frode alla legge, equiparato al licenziamento discriminatorio quanto al regime di tutela, nonostante non vi sia espressa sanzione di nullità).

Secondo una prima possibile interpretazione, tale recesso sarebbe da ricondurre nell'ambito di quelli ingiustificati con il conseguente riconoscimento di due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio con un minimo di due ed un massimo di sei mensilità.

Secondo una specifica dottrina¹³, l'art. 2110, c. 2, c.c. configura una tipica ipotesi di norma imperativa, la cui violazione è sanzionata da nullità. Di conseguen-

¹² Trib. Milano, ord. del 15 aprile 2015, n. 11340.

¹³ FIORILLO - PERULLI, *Contratto a tutele crescenti*, 2015.

za la violazione di tale precetto rientrerebbe a pieno titolo nel campo di applicazione dell'art. 2 comma primo del d.lgs. n. 23/2015 che consente la tutela reintegratoria nei "casi di nullità espressamente previsti dalla legge". Senonché la nullità di cui al secondo comma dell'art. 2110 non è sicuramente testuale, ma nemmeno virtuale. Per cui spetterà alla giurisprudenza di merito ed a quella di legittimità stabilire il confine tra le nullità implicite e quelle soltanto virtuali.

5. I c.d. vizi formali nei licenziamenti disciplinati dal nuovo regime e la revoca del licenziamento

Anche nel decreto legislativo n. 23/2015, che disciplina il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, sono presenti norme relative a vizi formali e procedurali, tenendo conto che esse valgono soltanto per i lavoratori cui si applicano le nuove disposizioni introdotte con il c.d. *Jobs Act*. In pratica si prevede che nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato: a) in violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2, c. 2, della legge n. 604/1966; o b) della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970, ossia della procedura di contestazione delle violazioni disciplinari, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettabile a contribuzione previdenziale in misura non inferiore a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e non superiore a 12 mensilità; a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele previste per il recesso discriminatorio, nullo, intimato in forma orale, ovvero per giusta causa o giustificato motivo soggettivo ed oggettivo.

Nel caso di datore di lavoro che non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, e sempre che si tratti di lavoratori soggetti alle nuove disposizioni introdotte con il d.lgs. n.23/2015 che disciplina il contratto di lavoro a tutele crescenti, l'indennità cui sopra è dimezzata e, in ogni caso, non può superare il limite delle 6 mensilità.

Si deve osservare che la seconda ipotesi può consentire al datore di lavoro di provare la giusta causa di recesso disciplinare anche in mancanza di rituale contestazione e procedura, come disciplinata dall'art. 7 della legge n. 300/1970; non si può affermare altrettanto per la prima delle suindicate ipotesi. La violazione della norma di cui all'art. 2, c. 2, della legge n. 604/1966, infatti, presuppone che sia stato irrogato il licenziamento scritto senza motivazione. Tale fattispecie può essere ricondotta dal ricorrente o nel licenziamento discriminatorio o nel licenziamento privo di giusta causa, giustificato motivo soggettivo od oggettivo in base alla prospettazione della domanda. Non ci si può trovare di fronte solo ad un licenziamento privo della motivazione, in quanto l'immutabilità dei motivi

di recesso del datore di lavoro, inesistente nella presente fattispecie, non può essere surrogata da una difesa giudiziale di cui all'art. 416 c.p.c. Nella sola eventualità in cui l'istante lamenti in giudizio il solo vizio formale si applicherà tale regime di tutela. Si tratta come si può facilmente notare di una ipotesi chiaramente residuale.

L'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 prevede poi la facoltà del datore di lavoro di ripristinare il rapporto di lavoro revocando il proprio atto unilaterale. Tale *jus penitendi* ripristina il rapporto senza soluzione di continuità.

Il regime sanzionatorio nel sistema dei licenziamenti collettivi: dalla legge Fornero al Job Act: dalle semplici incongruenze ai quasi certi profili di incostituzionalità

Breve disanima dei punti critici della normativa sui licenziamenti collettivi viziati, già profondamente revisionata dalla legge Fornero, sino alla pratica definitiva eliminazione della tutela reale ad opera dell'art. 10 del decreto legislativo 23/2015 (attuativo del cd. Job Act).

sommario

Premessa. – 1. Il sistema sanzionatorio nella legge Fornero. – 2. Il sistema sanzionatorio nel Job Act.

Premessa

Nell'infuocato dibattito sulla flessibilità in uscita, che ha preceduto e accompagnato dapprima l'elaborazione della legge Fornero e poi il cd. *Job Act* ed i suoi decreti attuativi, la normativa sui licenziamenti collettivi non ha in realtà occupato un posto di primo piano. Eppure, già in precedenza era stata da più parti sottolineata la crucialità dei licenziamenti collettivi per conseguire l'allineamento tra effettivo fabbisogno di personale e personale in carico, fattore strategico per «le imprese insidiate dalla concorrenza nell'economia globalizzata»: in questa prospettiva, le parti politiche lamentavano una «giurisprudenza che ha interpretato con rigidità norme non sempre perspicue e ha spesso vanificato i compromessi delle parti sociali diretti a fronteggiare le difficoltà delle imprese sul mercato».

Insensibile a queste sollecitazioni, sia la legge n. 92/2012 che, successivamente, il decreto legislativo n. 23/2015, attuativo per quanto attiene alle forme di contratto, del cd *Job Act* si sono focalizzati quasi esclusivamente sul vituperato art. 18, St. lav., il cui graduale sacrificio, per il suo carico simbolico, si prestava ad attirare il plauso delle istituzioni europee e dei mercati finanziari più di un paziente lavoro di cesello sulla disciplina dei licenziamenti collettivi.

Soltanto in una fase avanzata di redazione dei provvedimenti il legislatore in entrambi i casi si è avveduto delle incongruenze che per questa via si erano venute a creare nel sistema complessivo di tutela contro i licenziamenti, ed è corso ai ripari in modo un po' maldestro con qualche rammendo e qualche rattoppo, non privo, soprattutto per il cd *Job Act* di profili di incostituzionalità per difetto di delega, ovvero per disparità di trattamento, sui quali è ora necessario soffermarsi nel

dettaglio in relazione al sistema specifico delle sanzioni e dell'ambito di applicabilità della normativa.

1. Il sistema sanzionatorio nella legge Fornero

La legge Fornero ha riformulato completamente il co. 3 dell'art. 5, l. n. 223/1991, relativo all'apparato sanzionatorio (art. 1, co. 46), rompendo così l'unitarietà del disegno precedente, imperniato, come si è visto, sulla tutela reale, anche al di là dell'usuale ambito di applicazione dell'art. 18, St. lav.

La novella, resa indispensabile dall'esigenza di coordinamento con la riscrittura di quest'ultima disposizione, ne segue il *décalage* di protezione in relazione ai vizi riscontrati nel licenziamento: nel caso di licenziamento intimato oralmente, viene conservata la tutela reale cd. forte; nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta si applica, invece, la reintegrazione cd. debole (quella in cui il risarcimento del danno è limitato a un massimo di 12 mensilità); i vizi di procedura sono, infine, sanzionati con la condanna al pagamento dell'indennità cd. forte, ovvero compresa tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità.

La norma, di faticosa formulazione, a testimonianza della frettolosa stesura, riflette la perdita di centralità del procedimento, i cui vizi, ormai, non potranno più condurre alla reintegrazione dei lavoratori estromessi.

La dottrina non ha rimesso in discussione il pacifico approdo della giurisprudenza, secondo il quale le comunicazioni finali *ex art. 4, co. 9, l. n. 223* rientrerebbero a pieno titolo nella procedura, benché dopo la legge Fornero vi possa essere una sfasatura temporale fino a 7 giorni rispetto ai recessi: pertanto, il regime sanzionatorio in esame si applicherà a tutti i vizi che affliggono il procedimento, dalla comunicazione iniziale alle predette comunicazioni finali, passando per la fase dell'esame congiunto e del confronto in sede amministrativa.

La svalutazione dei profili procedurali è comune anche ai licenziamenti individuali, benché nel caso dei recessi collettivi essa sia meno pronunciata: mentre i vizi formali/procedurali conducono, nel primo caso, al risarcimento compreso tra 6 e 12 mensilità, secondo la loro gravità, nel secondo la conseguenza sanzionatoria è ben più pesante e coincidente a quella che si riscontra nell'ipotesi di «ingiustificatezza semplice» del recesso individuale (e, in particolare, nel caso in cui

«non ricorrono gli estremi» del g.m.o.). Questa maggior severità del legislatore si comprende sia «in considerazione del superiore rango degli interessi protetti», sia in virtù del diverso ruolo giocato dalle procedure nei licenziamenti individuali e collettivi: soltanto in questi ultimi, infatti, il confronto collettivo, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza, sostituisce quasi integralmente quello giudiziale sul presupposto causale, cosicché i vizi del procedimento finiscono per avere lo stesso rilievo che, nei recessi individuali, rivestono le patologie del g.m.s. o del g.m.o.

L'indebolimento della tutela prevista per il caso di vizi procedurali dei licenziamenti collettivi contribuisce a depotenziare il ruolo del sindacato, inviando ai datori di lavoro il messaggio, sicuramente poco edificante, che nel confronto collettivo si possa anche non impegnarsi a fondo anche se questi timori possono essere relativizzati, in quanto le organizzazioni sindacali, che riscontrino violazioni procedurali, potranno comunque ricorrere all'azione *ex art. 28, St. lav.*, ottenendo per questa via la reintegrazione dei lavoratori eventualmente licenziati.

Il denunciato disallineamento delle tutele sul piano individuale (indennità risarcitoria) e collettivo (reintegrazione) nel sistema della legge Fornero non pare creare particolari problemi, in considerazione dei diversi interessi, per l'appunto individuale e rispettivamente collettivo, che vengono fatti valere dal lavoratore licenziato che impugna il recesso datoriale e dalle organizzazioni locali dei sindacati nazionali che azionano l'art. 28, St. lav.

Suscita, invece, perplessità che il legislatore, per determinare tra il minimo e il massimo l'importo dell'indennità spettante al lavoratore nell'ipotesi di vizi della procedura di licenziamento collettivo, faccia riferimento non alla gravità della violazione posta in essere dal datore di lavoro, quanto a circostanze estrinseche alla procedura stessa, quali le iniziative assunte dal lavoratore per reperire un'altra occupazione, la sua anzianità, il numero di dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti (art. 18, co. 5 e 7, St. lav., richiamati dal nuovo art. 5, co. 3, l. n. 223/1991). In questo modo le conseguenze economiche della violazione della procedura risultano per il datore totalmente slegate rispetto alle sue inadempienze, contribuendo così a deresponsabilizzare il suo contegno durante la trattativa sindacale.

Quanto alla violazione dei criteri di scelta, ci si è chiesti perché il legislatore abbia optato per la reintegrazione, seppur in forma attenuata (con il risarcimento limitato a un massimo di 12 mensilità), a fronte del solo rimedio risarcitorio sancito per i vizi di procedura. Secondo alcuni, la ragione risiederebbe nel fatto che la decisione del giudice non interferirebbe con la discrezionalità imprenditoriale, esauritasi con la determinazione del numero e del profilo dei lavoratori

da licenziare: del resto, il datore condannato alla reintegrazione potrà, applicando correttamente i criteri di scelta, licenziare *ex novo* un numero di lavoratori corrispondente a quelli riammessi in servizio, senza nemmeno dover ripetere la procedura (art. 17, l. n. 223/1991).

Si ravvisa anche una certa simmetria con il rimedio reintegratorio attenuato, che può essere disposto dal giudice quando risulti manifestamente insussistente il fatto posto a base del licenziamento per g.m.o. (art. 18, co. 7, St. lav.): in entrambi i casi sarebbe assente il nesso eziologico tra la scelta imprenditoriale e il singolo lavoratore destinatario del licenziamento.

Chi scrive ravvisa più in generale assonanze con la reintegrazione debole sancita dal legislatore per i casi di «ingiustificatezza qualificata» in effetti, quando nell'ambito del licenziamento disciplinare il fatto contestato non sussista, o sia punito dai codici disciplinari con sanzione conservativa, o ancora quando il fatto posto a base del recesso per g.m.o. sia manifestamente insussistente, il legislatore vuole stigmatizzare il licenziamento arbitrario e pretestuoso, che non di rado sottende motivi discriminatori o illeciti. Allo stesso modo, il datore di lavoro che applica scorrettamente i criteri di scelta persegue ragioni del tutto estranee alle scelte imprenditoriali: non stupisce dunque che, anche in questa ipotesi, il legislatore disponga la reintegrazione *cd. «attenuata»*, esprimendo forte riprovazione per un recesso dai contorni sicuramente arbitrari, forse addirittura discriminatori o illecito.

Nel sistema sanzionatorio della Fornero dei licenziamenti collettivi la reintegrazione *cd. «forte»* è riservata espressamente solo a quelli intimati senza l'osservanza della forma scritta, in continuità con la disciplina previgente. Si è peraltro correttamente rilevato che il medesimo rimedio dovrà applicarsi anche quando il lavoratore dimostri che il licenziamento collettivo nasconde in realtà motivi discriminatori, o quando il recesso si ponga in contrasto con norme imperative (quali, ad es., quelle che impongono al datore di conservare la percentuale di manodopera femminile impiegata nell'impresa e di rispettare la quota di riserva di lavoratori disabili), e sia pertanto nullo (art. 18, co. 1, St. lav.)

La disciplina dei licenziamenti collettivi, anche dopo la riforma Fornero, continua a non prevedere le conseguenze della mancanza del presupposto sostanziale (la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro). L'omissione, questa volta, non sembra casuale, a fronte dell'articolazione del regime sanzionatorio introdotta dalla l. n. 92/2012: il legislatore ha con tutta probabilità voluto glissare su una questione spinosa, confidando che la giurisprudenza si sarebbe attenuta al proprio orientamento dominante che svaluta il presupposto causale, assorbendo nel controllo sulla regolarità della procedura tutti i profili attinenti alle ragioni giustificative del recesso collettivo. Nel

momento in cui i vizi del procedimento non aprono più la via alla reintegrazione, ma soltanto alla correzione di un'indennità risarcitoria, l'orientamento giurisprudenziale ora detto garantirebbe *ipso facto* un alleggerimento delle tutele, senza che al legislatore sia necessario prendere espressamente posizione su quelle spettanti nel caso di difetto del requisito sostanziale.

Infine la dottrina che ha preso posizione per un potenziamento del controllo giudiziale sul presupposto giustificativo dei licenziamenti per riduzione di personale non è concorde nell'identificare il rimedio sanzionatorio quando difetti tale requisito. Per un verso, vi è chi richiama in via interpretativa l'applicazione dell'art. 18, co. 7, St. lav. (reintegrazione se i fatti posti a base del licenziamento collettivo sono manifestamente insussistenti; indennizzo compreso tra 12 e 24 mensilità negli altri casi), in quanto una tutela diversa rispetto all'ipotesi di carenza di g.m.o. sarebbe sistematicamente incoerente e persino a rischio di illegittimità costituzionale.

Per altro verso, vi è chi invece ritiene scorretta l'applicazione analogica della disciplina sanzionatoria di cui all'art. 18, St. lav., in quanto si tratterebbe di norma speciale: di conseguenza, la mancanza di fondamento causale del licenziamento collettivo si tradurrebbe in una violazione di norma imperativa di legge, con nullità del licenziamento del singolo lavoratore e conseguente applicazione dei noti rimedi civilistici (reintegrazione di diritto comune). Con tutta probabilità, il rafforzamento del controllo giudiziale sul presupposto giustificativo non era nemmeno lontanamente l'esito che si prefigurava il legislatore, tant'è che in dottrina si è parlato di possibile "eterogenesi dei fini".

2. Il sistema sanzionatorio nel Job Act

La legge 10 dicembre 2014, n. 183 all'art. 7, lett. c) ha delegato il Governo a riformare la disciplina dei licenziamenti nel rispetto del seguente criterio direttivo: *«previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento»*.

La delega conteneva un riferimento di tipo soggettivo, relativo ai destinatari della nuova regolamentazione (individuati nei neoassunti), ed uno di tipo oggettivo, attinente all'introduzione delle nuove tutele in caso di vizio dell'atto di risoluzione del rapporto.

Nei confronti dei nuovi assunti, ai quali avrebbe dovuto trovare applicazione la tutela prevista dall'art. 18 St. Lav., la linea fatta propria dall'esecutivo, nella prosecuzione del cammino già avviato dalla legge n.

92/2012, è diretta verso la progressiva eliminazione della reintegrazione, introducendo un sistema di tutela economica, crescente in base all'anzianità del lavoratore.

La riforma attuata dallo schema del decreto in esame, infatti, contiene alcuni elementi ripresi integralmente dall'innovazione del 2012, ma differenza di quanto operato nel 2012, tuttavia, il legislatore ha inteso introdurre il nuovo sistema di tutela ponendo come discrimine, tra la nuova e la vecchia disciplina, non la data dell'intimato recesso, bensì quella dell'assunzione, con contratto a tempo indeterminato, del lavoratore.

Non recependo il parere contrario espresso dalle Commissioni Lavoro di Camera e Senato che evidenziavano al Governo "L'opportunità di rivedere il regime sanzionatorio dell'articolo relativo ai licenziamenti collettivi, prevedendo la reintegrazione in caso di violazione dei criteri previsti dai contratti collettivi" il decreto in oggetto ha nuovamente riformulato le conseguenze sanzionatorie per la illegittimità del licenziamento collettivo inflitto, il decreto introduce una nuova forma di tutela nell'ambito del licenziamento collettivo, di cui agli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991.

Il nuovo regime sanzionatorio, anche in questo caso da intendersi riferito ai soli neoassunti, appare sfavorevole rispetto al sistema in vigore successivamente all'emanazione della l. n. 92/2012 in quanto, dal punto di vista prettamente sostanziale del licenziamento, limita il diritto alla reintegrazione alle sole ipotesi in cui il licenziamento risulti carente della forma scritta (ipotesi, sostanzialmente, assai remota, considerata la proceduralizzazione di simile recesso).

La violazione del criterio di scelta (tutelata, oggi, con la reintegrazione ad indennità limitata) comporta l'applicazione dell'art. 3, comma 1, del decreto e, quindi, la semplice tutela indennitaria.

Dal punto di vista della violazione formale, la disposizione in esame afferma che *«In caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12 ... si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1»*.

La norma in commento, per le modalità con cui è formulata, ingenera confusione, non essendo chiaro il riferimento all'omessa forma scritta del licenziamento, vizio, questo, in presenza del quale il recesso viene tutelato con la reintegrazione nel posto di lavoro.

Si può ritenere, al fine di stemperare la portata della tutela, che il riferimento alla forma scritta riguardi la comunicazione (ai sensi dell'art. 4, comma 9, L. n. 223/1991) del recesso formulata al lavoratore coinvolto nella procedura di riduzione di personale (la norma, infatti, fa esplicito riferimento all'intimazione del licenziamento senza la forma scritta).

Accogliendo simile impostazione non si fa altro che confermare un principio sotteso allo stesso ordinamento, relativo all'inefficacia-inesistenza, dell'atto risolutorio intimato in forma orale.

Diversamente, invece, si può ritenere che il riferimento alla forma scritta abbia a riguardo la comunicazione inviata alle OO.SS. ai sensi dell'art. 4, comma 2, l. n. 223/1991, i cui vizi formali, giusto il disposto dell'art. 4, comma 12, ultima parte, l. n. 223/1991 «*possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo*».

L'art. 10 del decreto in esame, infatti, sanziona con la tutela indennitaria la violazione delle procedure richiamate nell'art. 4, comma 12, della L. n. 223/1991, ai sensi del quale: «*Le comunicazioni di cui al comma 9 sono prive di efficacia ove siano state effettuate senza l'osservanza della forma scritta e delle procedure previste dal presente articolo*».

Il comma 9, a sua volta, dispone che: «*Raggiunto l'accordo sindacale ovvero esaurita la procedura di cui ai commi 6, 7 e 8, l'impresa ha facoltà di licenziare gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti, comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso. Entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi, l'elenco dei lavoratori licenziati con l'indicazione per ciascun soggetto del nome, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento dell'età, del carico di famiglia, nonché con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, deve essere comunicato per iscritto all'Ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione competente, alla Commissione regionale per l'impiego e alle associazioni di categoria di cui al comma 2*».

Rispetto a tutte queste comunicazioni, si può ritenere che l'unica rispetto alla quale è obbligatoria la formalizzazione per iscritto sia quella contenente l'intimazione del recesso al singolo lavoratore.

Diversamente, i vizi relativi: a) all'erroneo confezionamento delle comunicazioni, b) all'eventuale omissione delle medesime (tranne della comunicazione contenente il recesso); c) al mancato rispetto dei termini previsti per il relativo invio, vengono oggi considerati presupposti per la declaratoria di semplice illegittimità dell'atto, come, del resto, la violazione della procedura sindacale prescritta e regolamentata dai commi 6, 7, 8 dell'art. 4, l. n. 223/1991.

Così delineato il quadro generale sorgono evidenti i dubbi di costituzionalità.

La scelta legislativa è destinata ad introdurre una evidente disparità di trattamento tra i lavoratori, disparità che, diversamente da quanto accaduto fino ad ora, non dipende dalla consistenza numerica aziendale, dalla natura del datore di lavoro o dalla tipologia della prestazione dedotta in contratto, bensì da una condizione soggettiva del lavoratore, coincidente con la data di assunzione.

Di qui, come già è stato rilevato da più parti, inevitabili saranno le eccezioni di costituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., proposte ai Giudici investiti sull'impugnazione dei licenziamenti.

Accadrà, infatti, che due licenziamenti, intimati nello stesso momento e nell'ambito della medesima unità produttiva, affetti dal medesimo vizio, saranno tutelati in base a due diversi regimi, qualora uno dei due lavoratori sia stato assunto dopo l'entrata in vigore del decreto in commento.

Ancor più evidente per i profili che qui interessano è l'evidente eccesso di delega per quanto riguarda la riformulazione del regime sanzionatorio.

Che la legge delega non contenga alcun riferimento ai licenziamenti collettivi pare indubbio: non si può infatti sostenere che parlando di "motivo economico" la delega includa implicitamente anche il licenziamento per riduzione del personale.

"Motivo economico" è un'espressione atecnica (ed è già sorprendente che il legislatore la utilizzi): tecnicamente (cioè alla luce del diritto vigente, per questa parte non riformato) un "motivo economico" inclusivo delle riduzioni del personale non esiste; la legge tiene infatti distinta la nozione di licenziamento individuale (per giustificato motivo oggettivo) dalla nozione di licenziamento collettivo per riduzione del personale, diversamente definito (dalla legge 223/1991, in conformità alla definizione comunitaria) nelle causali e nei requisiti quantitativi e spazio-temporali.

Tenuto conto di ciò, le Commissioni lavoro del Senato e della Camera hanno espresso, come detto, circostanziati pareri negativi sull'articolo 10, che il governo ha totalmente ignorato. È vero che il parere (ove previsto: e lo è, nella specie) è obbligatorio ma non vincolante: tuttavia era legittimo attendersi che il governo chiarisse le ragioni che lo hanno indotto a cestinare il parere delle Commissioni.

Certamente non è una motivazione attendibile quella della omogeneità del regime sanzionatorio, non solo perché i licenziamenti individuali e collettivi sono di per sé disomogenei, ma anche perché in un licenziamento collettivo che coinvolgesse vecchi e nuovi assunti troverebbero come evidente, applicazione regimi sanzionatori diversi, dando luogo a una irrazionale e irragionevole disparità di trattamento. Peraltro, un criterio di scelta che inserisse nella riduzione del personale solo nuovi assunti sarebbe evidentemente discriminatorio.

Con la conseguenza paradossale che la tanto sbandierata estensione delle "tutele" ai più giovani verrebbe a ritorcersi proprio contro i neoassunti, rendendo il loro licenziamento, giustificato o meno, meno oneroso e quindi più facilmente praticabile.

Recensioni

IL DIRITTO SPORTIVO di Mario Sanino e Filippo Verde, Cedam, 2015,..... 266
di Vittorio Sabato Ambrosio



Il diritto Sportivo di Mario Sanino e Filippo Verde, Cedam, 2015

All'operatore giuridico, appassionato ai rami del diritto più di "nicchia", si segnala l'opera, ormai giunta alla sua quarta edizione, intitolata "Il diritto sportivo", curata da Mario Sanino e Filippo Verde, che ha il pregio di effettuare una ricostruzione sistematica della materia onde mettere a suo agio il lettore per indirizzarlo nei meandri dell'ordinamento sportivo e nelle peculiari regole che lo caratterizzano.

Proprio per soccombere alle enormi difficoltà che incontra l'interprete nell'approcciarsi ai temi che riguardano questioni sportive, dove si opera in un sistema che per molti aspetti si allontana dagli schemi legislativi predisposti nell'ordinamento civile, gli Autori si fanno carico di tali incombenza – sottolineando il marasma normativo della materia e la sua continua e stravolgente evoluzione – e cercano di offrire al lettore un'opera che a trecentosessanta gradi ripercorre in maniera compiuta tutti gli aspetti dell'ordinamento sportivo, dai suoi rapporti con l'ordinamento della Repubblica, alla sua organizzazione, alla disciplina del lavoro subordinato, al doping, ai diritti televisivi, fino ad arrivare al complesso sistema di giustizia sportiva.

Il lavoro si contraddistingue anche per lo sforzo che gli autori mettono in pratica per cercare di dare una lettura organica alla legge 17 ottobre 2003, n. 280 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva" introdotta con lo scopo preliminare di delineare i rapporti tra ordinamento della Repubblica e ordinamento sportivo. Sul punto, mettono in rilievo che il disposto dell'art. 1 prevede che: "La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato olimpico internazionale. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo". Secondo gli Autori, il legislatore, con tale articolo, nel rispetto della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, ha considerato l'ordinamento sportivo come un settore dell'ordinamento generale al quale va attribuita autonomia in virtù della par-

ticolare regolamentazione tecnica che lo caratterizza. In altre parole, si delinea tra i due ordinamenti un rapporto tra insieme e sottoinsieme nel quale l'ordinamento sportivo, nonostante l'autonomia espressamente riconosciutagli, si configura come un settore dell'ordinamento generale dello stato, in posizione subordinata rispetto ad esso per quanto concerne la garanzia dei diritti fondamentali che esulano dalla regolamentazione settoriale e rientrano nelle situazioni giuridiche soggettive riconosciute al cittadino dall'ordinamento costituzionale.

Con riferimento alla questione maggiormente spinosa del diritto sportivo, che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza anche costituzionale, relativa all'impugnazione dei provvedimenti disciplinari che hanno l'effetto di escludere il soggetto operante nell'ambito dell'ordinamento sportivo per un determinato periodo di tempo, gli Autori mostrano di condividere le conclusioni alle quali perviene la Corte Costituzionale con sentenza 49 del 2011, secondo la quale laddove il provvedimento adottato dalle federazioni sportive o dal Coni abbia incidenza su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento statale, la domanda volta ad ottenere non la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno, debba essere proposta dinanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva, davanti alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere. Secondo gli Autori la soluzione accolta dalla Corte Costituzionale, relativa alla cd. "pregiudiziale sportiva" che rende il diritto al risarcimento del danno differito rispetto al processo sportivo, non comporta alcun *vulnus* al diritto di azione *ex art. 24 e 113 Cost.*, poiché è possibile derogare al principio della piena attuazione della garanzia stabilita dalle richiamate norme costituzionali solo nel caso in cui sussistano esigenze speciali, che possono ravvisarsi in presenza di particolari interessi generali o di pericoli di abusi o di interessi sociali da proteggere, ovvero ancora, di superiori finalità di giustizia da salvaguardare. Sul punto gli Autori, con una brillante ricostruzione, evidenziano come anche in altri rami dell'ordinamento il legislatore ha inteso dare un accesso differito alla tutela giurisdizionale che rispondono ad esigenze di carattere generale o comunque poste a salvaguardia di interessi superiori, come ad

esempio l'azione per il risarcimento del danno causato dalla circolazione dei veicoli da esercitarsi dopo sessanta giorni di invio della messa in mora all'assicuratore *ex* art. 22 l. n. 990/1969 e il nuovo istituto della mediazione civile obbligatoria previsto dal d.lgs. n. 28 del 4 marzo del 2010.

In conclusione, il lavoro offerto da Sanino-Verde rappresenta un utile strumento che, oltre a fornire un taglio pratico della materia, si qualifica anche per la consistenza degli approfondimenti svolti, e allo stesso tempo, offre al lettore una preparazione adeguata su una materia che presenta molteplici aspetti interessanti.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. VI, 01.06.2015, n. 11333 s.m.
 Cass. civ., sez. V, 29.05.2015, n. 11236 s.m.
 Cass. civ., sez. III., 29.05.2015, n. 11154 s.m.
 Cass. civ., sez. III., 29.05.2015, n. 11152 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 28.05.2015, ord. n. 11131 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 27.05.2015, ord. n.10879 s.m.
 Cass. civ., sez. I., 25.05.2015, n. 10749 s.m.
 Cass. civ., sez. lav., 11.05.2015, n. 9464 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 06.05.2015, n. 9100 s.m.
 Cass. civ., sez. lav., 27.04.2015, n. 8514 s.m.
 Cass. civ., sez. lav., 09.04.2015, n. 7144 s.m.
 Cass. civ., sez. V, 02.04.2015, n. 6743
 (con nota di Alfano)
 Cass. civ., sez. III, 27.03.2015, n. 6243
 (con nota di Scuotto)
 Cass. civ., sez. un., 06.03.2015, n. 4628 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Monza, 09.06.2015, n.1673 s.m.
 Trib. Pavia, 18.05.2015 s.m.
 Trib. Pavia, 12.05.2015 s.m.
 Trib. Napoli, 05.05.2015 s.m.
 Trib. Napoli Nord, 05.05.2015 s.m.
 Trib. Napoli, 27.04.2015, n. 4608 s.m.
 Trib. Napoli, 22.04.2015 s.m.
 Trib. Napoli Nord, 16.04.2015 s.m.
 Trib. Napoli, 17.04.2015, n.5681s.m.
 Trib. Napoli, 13.04.2015, n.5390 s.m.
 Trib. Milano, 08.04.2015, n.10488 s.m.
 Trib. Firenze, sez. II, 25.03.2015. n. 1011
 (con nota di Sorrentino)
 Trib. Monza, 26.03.2015 s.m.
 Trib. Pavia, 25.02.2015 s.m.
 Trib. Bari, 21.02.2015, n. 2353 s.m.
 Trib. Cassino, 26.01.2015, n. 106 (con di Occorsio)
 Trib. Latina, 12.01.2015 s.m.

Diritto e procedura penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. pen., sez. un., 24.04.2015, n. 17325
 (con nota di Pignatelli)

- Cass. pen., sez. VI, 08.04.2015, n. 15933 s.m.
 Cass. pen., sez. VI, 01.04.2015, n. 15915 s.m.
 Cass. pen., sez. VI, ord. 01.04.2015, n. 15932 s.m.
 Cass. pen., sez. un., 26.03.2015, n. 17325 s.m.
 Cass. pen., sez. I, 19.03.2015, n. 15911 s.m.
 Cass. pen., sez. VI, 17.03.2015, n. 15664 s.m.
 Cass. pen., sez.un., 26.02.2015, n. 22471
 (con nota di Pignatelli)
 Cass. pen., sez. VI, 27.01.2015, n. 15642 s.m.
 Cass. pen., sez. III, 16.01.2015, n. 15236 s.m.
 Cass. pen., sez.un., 18.12.2014, n. 4909
 (con nota di Pignatelli)
 Cass. pen., sez.VI, 28.11.2014, n. 51688
 (con nota di Sannino)
 Cass. pen., sez. III, 16.11.2014, n. 15826 s.m.
 Cass. pen., sez. III, 11.11.2014, n. 15249 s.m.
 Cass. pen., sez. un., 30.10.2014, n. 15232 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Napoli, G.M., ord. 08.06.2015, n .6050 Rg.dib.
 s.m.
 Trib. Napoli, G.M., 11.05.2015, n. 8235 s.m.
 Trib. Nola, coll. A), 30.04.2015, n. 1356 s.m.
 Trib. Nola, coll. D), 16.04.2015, n. 1175 s.m.
 Trib. Nola, coll. B), 01.04.2015, n. 1034 s.m.
 Trib. Napoli, sez. I, coll B), ord. 31.03.2015, n. 7107
 Rg.dib. s.m
 Trib. Nola, coll. A), 25.03.2015, n. 951 s.m.
 Trib. Nola, coll. D), 23.03.2015, n. 915 s.m.
 Trib. Nola, coll A), 18.03.2015, n. 870 s.m.
 Trib. Nola, coll. A), 27.01.2015, n. 278 s.m.
 Trib. Nola, coll. D), 26.01.2015, n. 242 s.m.

CORTE DI APPELLO

- App. Napoli, sez. III, 31.03.2015, n. 7605 s.m.

Diritto amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. VI, 28.05.2015, n. 2681 s.m.
 Cons. Stato, sez. VI, 26.05.2015, n. 2660 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 19.05.2015, n. 2547 s.m.
 Cons. Stato, sez. III, 19.05.2015, n. 2539 s.m.
 Cons. Stato, sez. IV, 14.05.2015, n. 2455 s.m.
 Cons. Stato, sez. III, 14.05.2015, n. 2413 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 13.05.2015, n. 2410 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 13.05.2015, n. 2389 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 07.05.2015, n. 2291 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 07.05.2015, n. 2288 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 06.05.2015, n. 2274 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. civ., sez. V, 02 aprile 2015, n. 6743 s.m.
Cass. trib., sez. V, 4 marzo 2015, n. 4312 s.m.
Cass. trib., sez. V, 22 aprile 2015, n. 8184 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA

C.G.U.E. del 15 aprile 2015, *Burzio*, causa C-497/14 s.m.
C.G.U.E., 5 marzo 2015, C-502/13, *Commissione Europea c/ Granducato di Lussemburgo* s.m.

Diritto internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

C.E.D.U., Case of *Morice v. France*, ricorso n. 29369/10, sentenza del 23 aprile 2015 (con nota redazionale)
C.E.D.U., *Hlynisdottir Case of Erla Hlynisdottir v. Iceland n.3*, sentenza del 2 giugno 2015 (con nota redazionale)

Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

C.G.U.E., Quinta Sezione, sentenza 13 maggio 2015, causa C -182/13, *Lyttle e a.* (con nota redazionale)
C.G.U.E., Prima Sezione, sentenza 21 maggio 2015, causa C349/14, *Pazdziej* (con nota redazionale)
C.G.U.E., Terza Sezione, sentenza 21 maggio 2015, causa C322/14, *J.E.M.* (con nota redazionale)

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

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

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

cognome

nome

indirizzo

nr.

cap.

città

prov.

tel.

Accenso al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie: Giapeto Editore Surl
Banca Popolare dell'Emilia Romagna
IBAN IT 26 H 05387 03402 000001424910

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 015 39 40

@ **per email** a: info@giapeto.it

